جامعة القاهرة
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

التحول في الأشياء والتصرفات والعقود وأثره في الحكم الشرعي

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب
علي إبراهيم الراشد
المعيد بكلية الشريعة
قسم الفقه المقارن ــ جامعة الكويت

إشراف
الأستاذ الدكتور/ أحمد يوسف سليمان

١٤٢١هـ /٢٠٠١م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَالعَصْرِ إِنَّ الإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ إِلا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا
الصَّالِحاتِ وَتَوَاصَوْا بِالحَقِّ وَتَوَاصَوا بِالصَّبْرِ﴾

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

أتوجه إلى الله القدير الذي أنعم علي بإتمام هذا البحث ، فله الحمد وله الشكر وله الثناء الحسن فهو أهل لأن يحمد وهو أهل لأن يشكر .

كما أتوجه بالشكر إلى أستاذنا الكبير وشيخنا الفاضل الأستاذ الدكتور: **أحمد يوسف سليمان** ، حفظه الله ورعاه وسدد خطاه ، فقد كان لي أباً رحيماً، ومعلماً عظيماً ، وحافظاً أميناً ، فلم يبخل علي بإرشاد ولا توجيه ، حيث كانت إرشاداته خير معين لي على إتمام وإكمال هذا البحث . فالله أسأل أن يجزيه عني خير الجزاء وأن يبارك في عمره وعلمه وعمله . اللهم آمين .

وأتوجه بالشكر إلى جامعة القاهرة وأخص بالشكر كلية دار العلوم حيث كنت أحد أبنائها وطلابها .

كما أتوجه بالشكر إلى جامعة الكويت ممثلة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية وأخص بالشكر عميد الكلية الأستاذ الدكتور **محمد عبد الغفار الشريف** لما له من أياد بيضاء في خدمة العلم وطلابه .

وأخيراً أشكر كل من مد لي يد العون ، وساعدني في بحثي .

فلهم مني كل الشكر والتقدير ،،،

الباحث

المقدمـــــة

الحمد لله الذي فضلنا على كثير من الأمم ، وجعل الإسلام لنا ديناً نرتقي به إلى القمم ، وبشر من جاهد في سبيله بالفوز والنعم .

والصلاة والسلام سرمد على النبي أحمد ، أفضل من وحد الله وعبد ، وجاء بالإسلام والإيمان بدلا فدعا البشر جميعاً وأرشد ، فأمر بالتحول إلى الهدى، والانتقال من طاعة الهوى، إلى الخضوع لمن خلق الأرض والسموات العلى، فمن سلك سبيله فقد فاز بالسعادة الكبرى ، وكانت الجنة له المأوى .

أما بعد :

فإن الشارع الحكيم لما أنزل إلينا الشريعة الإسلامية جعلها نظاماً صالحاً لكل زمان ومكان ، وذلك بما أودع فيها من المرونة والسعة ، وقابليتها للتطور والمواكبة ، ومسايرتها للأمور المستحدثة ، وهذا الذي جعلها باقية على مر الدهور واستحداث الأمور .

والشريعة الإسلامية كنظام شامل تحتوي على أصول وفروع . أي: قواعد كلية ومسائل جزئية . فالأصول هي: الأمور الثابتة ، والرواسخ الراسية، التي لا يمكننا تغييرها ولا تبديلها ولا الاختلاف في شأنها ، وهذه القواعد والثوابت هي التي دعا إليها الرسل في جميع العصور، وأتوا بها إلى جميع الأمم السابقة ، قال تعالى : ﴿ شَرَعَ لَكُم مِنَ الدِّين مَا وَصَّى بِهِ نُوحَاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسِى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّيْنَ وَلاَ تَتَفَرَّقُوا فِيهِ﴾ [١].

فكل الأنبياء وجميع الرسل جاءوا لإقرار هذا المبدأ ــ مبدأ الفطرة السليمة ــ الذي لا يجوز الاختلاف فيه ، ولا الحيدة عنه .

---

(١) سورة الشورى الآية ١٣ .

أما الفروع والمسائل الجزئية ، فمنها ما هو محل اختلاف الفقهاء بين أخذ ورد ، ومنها ما هو متفق عليه بقبول أو رفض .

ومع تقدم العصور وتطور الدهور ظهرت مسائل جزئية ، وحوادث عصرية لم تلاق حكماً شرعياً ، أو ضابطاً فقهياً محكماً تسير عليه ، أو لم تجد لها من يجمعها من الكتب، ويرتبها ويضمها في رسالة مستقلة ، توضح صورتها وترسم حدودها.

فكان لزاماً على الفقهاء أن يأخذوا بدراسة وتأصيل مثل تلك التطورات ، فإن معرفة حكم الله تعالى في الوقائع من أشرف المراتب وأولى القربات ، ومن أحد هذه المسائل والحوادث التي تحتاج إلى جمع وترتيب وعرض بصورة عصرية : (التحول).

وفكرة التحول ـ كمصطلح جديد ـ جاءتنا من القانون المدني ، فأصل له ووضع ضوابطه وشروطه ، قاصراً التحول على العقد الباطل فقط أو العقد القابل للإبطال ، ولم يكن الفقه الإسلامي يعرف هذا المصطلح إلا عن طريق مسائل متفرقة في شتى أبواب الفقه .

وعليه وجد الباحث موضوع :(التحول في الأشياء والتصرفات والعقود) من المواضيع التي تحتاج إلى دراسة وبحث ، حتى تتضح فكرته وترتسم معالمه .

وبدراسة المسائل التي تحمل مضمون التحول ، نجدها لا تقتصر على كتاب معين أو باب بذاته أو فرع مستقل أو مسألة خاصة، وإنما نجد التحول يدخل فيه فروع كثيرة ، من ذلك :

العبادات فقد يتحول الخمر خلاً والمسافر مقيماً، وقد يتحول عن القبلة ، وقد تتحول النية في الصلاة والزكاة والصيام والحج وغيرها .

وفي المعاملات : قد تتحول الملكية من شخص لآخر، وقد تتحول الملكية العامة إلى خاصة ، وبالعكس . وقد تتحول العقود من

عقد لآخر، أو من باطل أو فاسد إلى صحيح ، إلى غير ذلك من الأحكام .

وفي الجهاد وأحكامه : قد يتحول الحربي إلى مستأمن، والدار من دار حرب إلى دار إسلام .

وهكذا نلاحظ فكرة التحول شاملة لأبواب الفقه كله ، فمسائله متناثرة وفروعه متفرقة . تحتاج إلى تجميع وتبويب في موضوع واحد .

أسباب اختيار هذا الموضوع :

السبب الأول: من أهم أسباب اختياري لهذا الموضوع هو كثرة مسائل " التحول" في كتب الفقهاء قديماً وحديثاً إلا أن هذه المسائل متناثرة وأحكامها مختلفة من فرع لآخر ، فأحببت من خلال دراستي لـ " التحول في الأشياء والتصرفات والعقود " أن أجمع هذا الشتات وأضعه في بحث مستقل بصياغة جديدة ، توضح لنا مفهومه وتضبط لنا قواعده وأحكامه المتفرقة ، مع التمثيل لها ببعض الفروع الفقهية .

السبب الثاني : هناك مسائل تحتاج إلى بحث ، وتتبع دقيق، إذ أنها تأخذ حكم التحول وفكرته ، إلا أن تعبير الفقهاء عنها جاء مختلفا ومغايراً ، فأحببت تحرير هذه المسائل وتوضيحها وبيان كيفية التحولات الحاصلة فيها .

السبب الثالث: أهمية موضوع (التحول) من الناحية الشرعية والعملية ، وخاصة في العصر الحالي ، الذي ازدادت فيه طرق الحرام ووسائله ، وأصبح كثير من الناس يتعاملون بالحرام وبالعقود الباطلة وغيرها ، فأردت في هذه الرسالة المتواضعة أن أتيح المجال لأن يتعامل الناس بالحلال، وذلك من خلال تحول العقود الباطلة أو الفاسدة إلى عقود صحيحة ، وذلك عملاً بالقاعدة : " الأصل حمل

العقود على الصحة " [١]، وحمل الناس على الصحة ممكن عن طريق تحويل التصرفات الباطلة أو الفاسدة إلى صحيحة.

والسبب الرابع : جدة هذا البحث وعدم من تطرق إليه أو كتب فيه ، وفي هذا مساهمة في تزويد المكتبة الفقهية بدراسة متخصصة في هذا الموضوع .

وقد أردت من بحثي هذا الدخول في ركب أهل العلم ، عسى أن أحشر معهم ، كما أردت الأجر والثواب من الله تعالى .

منهجي في البحث :

دراسة موضوع (التحول) من الأمور الدقيقة والشائكة ، وذلك لاتساع فروعه، وكثرة مسائله المنثورة في كتب الفقهاء .

وعليه فقد التزم الباحث منهجاً عاما يسير عليه قدر استطاعته، من غير أن يخرج عنه إلا لضرورة اقتضت أو غفلة عرضت ، وذلك حتى يعالج الموضوع، ويصل في النهاية إلى نتيجة يستفيد ويفيد منها.

وقد كان المنهج العام للرسالة يحتوي على النقاط التالية :

١ ـ لما كان موضوع التحول شاملاً لكل أبواب الفقه، من العبادات ومروراً بالمعاملات وانتهاء بالجهاد وغيرها من الفروع ، فقد اقتصر الباحث على موضوع التحول في المعاملات وما يتعلق بها، كالملكية والتصرفات والعقود فقط .

٢ ـ ولما كانت أمثلة وصور المسائل التي تم اختيارها كثيرة ومتعددة ، فقد اقتصر الباحث على ما رآه منها مهماً ، وذلك لإثبات فكرة التحول ولضرب الأمثلة دون حصرها وعدها خشيت الإطالة واتساع البحث.

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٦٦/٢٩. جمع وترتيب عبد الرحمن العاصمي، ط. مكتبة ابن تيمية ، القاهرة .

٣ ـ وطريقتي في تناول المسائل :

(أ) أبدأ أولاً بذكر المدخل العام ــ التمهيد ــ لكل مبحث : بالتعريف بالمسألة في اللغة ، ثم في الاصطلاح ، ثم أذكر ما يتعلق بها من الشروط أو الأركان إن استدعى ذلك .

(ب) بعد تقرير المدخل العام للمسألة، أورد آراء فقهاء المذاهب الأربعة، وذلك على حسب الترتيب الزمني، فأبدأ بالحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي، وإذا دعت الحاجة ذكرت ما تيسر من أقوال فقهاء الصحابة والتابعين والأمصار ، والظاهرية . فإن وجد في المسألة خلاف أجمع منها المتفق في الرأي ، على اتجاهين أو ثلاثة اتجاهات . إلا إذا وجدت مسألة تحتاج إلى ذكر كل مذهب على حده .

(جـ) أذكر أدلة كل اتجاه ، وأرجح بينها ، مع ذكر أسباب الترجيح إذا استدعي الأمر ذلك .

(د) أقوم بالإشارة إلى مراجع ومظان كل اتجاه ذكرته من الكتب القديمة أو المعاصرة .

٤ ـ الأحاديث الواردة في البحث، إن خرجها البخاري أو مسلم أو أحدهما اكتفيت بتخريجهما أو تخريج أحدهما ، مع ذكر اسم الكتاب والباب ورقم الحديث والصفحة ؛ فإن لم يكن في الصحيحين خرجته من الكتب الأخرى.

٥ ــ عمدت إلى ترجمة الأعلام الوارد ذكرهم في البحث، ترجمة موجزة، عدا الصحابة والأئمة الأربعة والمعاصرين .

٦ ـ ألحقت في نهاية البحث الفهارس الفنية للآيات والأحاديث والأعلام مع ذكر أهم مصادر ومراجع البحث ، ثم الفهرس العام للرسالة .

٧ ـ تقسيم الرسالة : وقد قسمتها إلى تمهيد وبابين وخاتمة:

ـ فالتمهيد : ويتناول تعريف التحول في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء، وفكرة التحول في الفقه الإسلامي ثم في القانون المدني .

الباب الأول : التحول في الأشياء والتصرفات، ويشتمل على فصلين :

ـ الفصل الأول : التحول في الأشياء :

واخترت من الأشياء : تحول الملكية من عامة إلى خاصة وبالعكس .

ـ والفصل الثاني : التحول في التصرفات :

فتناولت التصرفات الواضحة التحول ، كالدين والوقف والولاية والعدة والحضانة ، واقتصرت على بيان كيفية التحول الحاصل فيها.

الباب الثاني : وهو التحول في العقود : وفيه أربعة فصول :

ـ الفصل الأول : تحول العقد الباطل إلى صحيح .

ـ الفصل الثاني : تحول العقد الفاسد إلى صحيح .

ـ الفصل الثالث : تحول العقد الموقوف إلى نافذ .

ـ الفصل الرابع : تحول العقد اللازم إلى جائز والعكس .

ـ ثم الخاتمة ، وقد أثبت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها خلال البحث .

الخطة التفصيلية للبحث :

المقدمة : تناولت فيها أهمية الموضوع ، وسبب اختياره ، وخطة البحث .

التمهيد : وقد تعرضت لـ :

ـ تعريف التحول لغة .

ـ تعريف التحول في اصطلاح الفقهاء .

ـ فكرة التحول في الفقه الإسلامي .

ـ فكرة التحول في القانون المدني .

الباب الأول : التحول في الأشياء والتصرفات . وفيه فصلان :

الفصل الأول : التحول في الأشياء ، وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الأشياء .

المبحث الثاني : تعريف الملكية ، بدايتها وتطورها .

المبحث الثالث : الملكية من حيث العموم والخصوص .

المبحث الرابع: تحول الملكية الخاصة إلى ملكية عامة والعكس. وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تحول الملكية الخاصة إلى ملكية عامة .

المطلب الثاني : تحول الملكية العامة إلى ملكية خاصة .

الفصل الثاني : التحول في التصرفات . وفيه تمهيد وخمسة مباحث .

تمهيـد .

المبحث الأول : التحول في الدين . وفيه مطلبان :

المطلب الأول : تعريف الدين .

المطلب الثاني : تحول الدين المؤجل إلى حال .

المبحث الثاني : التحول في الوقف . وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الوقف .

المطلب الثاني : مشروعية الوقف .

المطلب الثالث : أركان الوقف وشروطه .

المطلب الرابع: تحول الوقف عند انقطاع الموقوف عليهم .

الفصل الثاني : تحول العقد الفاسد إلى صحيح . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أسباب فساد العقد .

المبحث الثاني : آثار العقد الفاسد . وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : الفسخ .

المطلب الثاني : تحول ملكية العقد الفاسد .

المطلب الثالث : تحول العقد الفاسد إلى صحيح .

الفصل الثالث : تحول العقد الموقوف . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : اتجاهات الفقهاء في مدى جواز تحول العقد الموقوف إلى نافذ .

المبحث الثاني : أسباب وقف العقد على إجازة الغير .

الفصل الرابع : تحول العقد اللازم إلى الجائز وبالعكس . وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أسباب تحول العقد اللازم إلى جائز .

المبحث الثاني: تحول العقد الجائز إلى اللازم .

ثم الخاتمة : وفيها عرض لأهم النتائج التي خلصت إليها ، والتوصيات حول هذا الموضوع .

وأخيراً :

أقدم هذا البحث المتواضع في مادته وفكرته ، حيث بذلت فيه جهدي وأفرغت فيه طاقتي ما استطعت إلى ذلك سبيلا ، إلا أنه لا يخلو ـ كأي عمل بشري ـ من الخطأ والتقصير والغفلة من غير عمد مني ، فقد أبى الله إلا أن يتم كتابه ، فصواب هذا البحث من توفيق الله وحده ، وخطؤه من نفسي المقصرة ، ومن الشيطان ، وأستغفر الله العظيم .

وفي الختام لا يسعني إلا أن أحمد الله ـ تعالى ـ على ما أنعم علي من نعمه العظيمة حيث وفقني لاختيار الموضوع ، وأمدني بطاقة لإنهاء المطبوع ، فله الحمد وله الخضوع ، كما أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل للأستاذ الدكتور/ أحمد يوسف سليمان لتفضله بقبول الإشراف علىهذه الرسالة ، حيث كان أبا رحيما وأستاذاً عظيماً ، أخذ بيدي وارتقى بعلمي وعملي فكان لي خير قدوة أقتدي به وخير معلم احتذي بعلمه ، فقد وجدت فيه ضالتي وجعلت منه قدوتي فجزاه الله عنا خير الجزاء .

كما أتقدم بالشكر إلى هذه الكلية الموقرة ــ كلية دار العلوم ــ وخاصة قسم الشريعة الإسلامية الذي تشرفت أن أكون أحد أبنائه وطلابه ، وأفرد بالشكر أستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي حسن الأستاذ العالم المعطاء صاحب المدرسة التجديدية والرسالة العلمية، حيث استفدنا منه في السنة التمهيدية لمرحلة الماجستير، فصححنا على يديه مفاهيم يجب أن تصحح ، ورجحنا مسائل يجب أن ترجح، فجزاهم الله عنا خير الجزاء .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

التمهيـــد

ونتطرق في التمهيد لدراسة ما يلي :

أولاً : تعريف التحول في اللغة .

ثانياً : تعريف التحول في اصطلاح الفقهاء .

ثالثاً : فكرة التحول في الفقه الإسلامي .

رابعاً: فكرة التحول في القانون المدني .

أولاً : تعريف التحول في اللغة :

التحول هو: التنقل من موضع إلى موضع ، ويقال حال إلى مكان آخر يحول حَوْلاً ، وحِوَلاً أي تحول وانتقل[١].

ـ وتحول عن الشيء زال عنه إلى غيره ، أو انصرف عن الشيء إلى غيره .

ـ ومنه التحويل وهو نقل شيء من محل إلى آخر ، وفي الرداء: أن يجعل اليمين على الشمال [٢].

ـ وحَالَ الشيء : تغير كما يقال حال اللون والعهد تغير [٣].

ـ وأحال الشيء أو الرجل : تغير من حال إلى حال ، وأحالت الدار : تغيرت[٤].

ـ واستحال الشيء : تغير عن طبعه ووصفه [٥].

ـ والحَوْل : للسنه ، اعتبارا بانقلابها وانتقالها من سنة لأخرى.

وقد جاء في معجم مقاييس اللغة : "[الحاء والواو واللام] أصول واحد، وهو تحول في دور " [٦]، فكل ما يشتق من هذا الأصل يدور تحت معنى التحول أو التغير أو الانتقال ـ في الغالب .

---

(١) لسان العرب ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ١٨٩/١١ ، ط. دار صادر ، بيروت ، ١٩٥٦م .

(٢) المغرب ، ناصر بن عبد الله السيد أبو المكارم المطرزي ص ١٣٤ ، ط. دار الكتاب العربي.

(٣) المعجم الوسيط . لمجمع اللغة العربية ٢٠٨/١ ، ط. المكتبة الإسلامية بتركيا .

(٤) تاج العروس ، محمد مرتضى الزبيدي ٣٦٦/٢٨، ط. وزارة الإعلام الكويتية .

(٥) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، لأحمد بن علي الفيومي ص ٦٠ ، ط. مكتبة لبنان ١٩٩٠م .

(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٢١/٢ ط. الخانجي .

وعليه نجد التحول أو التغير له أحوال :

ـ فقد يطلق التحول على : التغير من حالة إلى حالة أخرى .

ـ وقد يطلق التحول على : الانتقال من موضع إلى آخر أو من مكان إلى مكان غيره .

ـ وقد يطلق على التغير من وصف إلى وصف آخر .

فالتحول في اللغة يطلق على أي تغير أو انتقال يحصل سواء كان تغيراً للذات ، أم تغيرا في الحكم على الشيء أم كان انتقالاً من مكان لآخر . أم من وصف لآخر .

ويستعمل لفظ التحول لازماً ومتعدياً : يقال حولته تحويلاً أي نقلته من موضع إلى موضع ، ويقال حَوَّل هو تحويلاً [١].

ثانياً :تعريف التحول في اصطلاح الفقهاء :

لا يختلف مصطلح التحول عند الفقهاء اختلافا كبيرا عن اللغة ، إلا أن الفقهاء قديماً لم يعرفوا مصطلح التحول بالمعنى المستخدم له في العصر الحالي ، ولم يجعلوا له ضابطاً معيناً يضبط مسائله ويقيد أحكامه ، وإنما تطرقوا له من حيث العموم ومن حيث المسائل الفرعية المتناولة في كل باب .

---

(١) المصباح المنير ص ٦٠ .

وأكثر استعمال الفقهاء قديما انما كان لكلمة (الانقلاب) [١] أو (الانتقال)[٢] أو (الاستحالة) [٣]، فهذه المصطلحات تحمل مفهوم التحول وفكرته.

ومع استعمالهم لمفهوم التحول ، إلا أنه لم يكن شائعاً بينهم ولم يكن متداولاً عندهم كمصطلح مستقل أو نظرية مطبقة .

وفي العصر الحالى شاع مصطلح [التحول] وأصبح أكثر استعمالاً واستخداماً من غيره .

والتحول كمصطلح عام يشمل تغير :

ـ الذات : وهذا واضح في الاستحالة كتحول الخمر خلا .

ـ الكيفية أو الحالة : كتحول الجلد النجس إلى طاهر بالدباغ ، وكتحول صلاة المريض من القيام إلى القعود ومن العقود إلى الاضطجاع .

ـ المكان والزمان : كأن يتحول من مكان لآخر كالمرتد يتحول إلى دار الحرب ، أو من زمان لآخر كتحول المعتدة من زمن عدة إلى زمن عدة أخرى .

ـ الحكم : كالتحول من حكم لآخر . والأحكام التي يتحول منها أو إليها هي الأحكام الشرعية من واجب وحرام ومندوب ومكروه

---

(١) الانقلاب : مشتق من القلب ، يقال قلبت الرداء حوّلته وجعلت أعلاه أسفله . وانقلاب الشيء تحوله من حالة لأخرى . انظر المصباح المنير ص ١٩٥ .

(٢) الانتقال : من النقل : يقال نقلته أي حولته من موضع إلى موضع آخر . وانتقل تحول . انظر المصباح المنير ص ٢٣٨ .

(٣) الاستحالة هي : تحول الشيء وتغيره عن وضعه ، أو الانتقال من كيفية إلى أخرى . الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٣/١.

ومباح . هذا بالنسبة للأحكام التكليفية ، أو من صحيح إلى باطل أو فاسد وبالعكس، أو من لازم إلى جائز وبالعكس .

وهكذا نجد التحول يشمل كل تغير سواء حصل للذات أو الكيفية أو المكان أو الزمان أو للحكم ، وعليه يمكننا تعريف التحول عند الفقهاء بأنه : " تغير حاصل لذات الشيء أو لكيفية هيئة الشيء أو للمكان أو للزمان أو للحكم ".

ومسائل التحول داخلة في كل باب، وصوره منتشرة في أبواب الفقه جميعاً، إلا أن الباحث قد اقتصر على بعض صور واضحة التحول ، والتي أكثر حاجة في العصر الحالي من غيرها . فسار الباحث في تناوله للمسائل من العموم إلى الخصوص حيث تطرق أولاً إلى التحول في الأشياء وأخذ من الأشياء الملكية ، ثم انتقل في بحثه إلى تحول أخص من الأشياء وهو تحول التصرفات وتناول منها ما يتعلق بالمعاملات وما يتصل بها ، ثم أخذ بتخصيص البحث للتحول في العقود من حيث الوصف المتعلق بها من كونها صحيحة أو فاسدة أو باطلة ، أو لازمة أو جائزة والتحولات الحاصلة بين هذه الأحكام .

فكرة التحول في الفقه الإسلامي :

لم تكن فكرة التحول عند الفقهاء مبوبة في كتب القدامى ، ولم تكن كذلك مقننة عند المعاصرين منهم ، وإنما كان تطرقهم إليها عند ذكر المسائل الجزئية في كل باب ، ومع تناولهم لفكرة التحول إلا أن التعبير لم يكن بلفظ (التحول) فقط وإنما كانوا يطلقون ألفاظا تحمل نفس المفهوم (كالانقلاب) و(الانتقال) و(الاستحالة).

ومن خلال البحث وتتبُّع الفروع والمسائل نجد فكرة التحول ليست قاصرة على باب معين أو كتاب محدد ، كالمعاملات أو العقود منها . وإنما كانت مسائله متناولة في أغلب أبواب الفقه تقريباً، بداية من العبادات وانتهاءً بآخر أبواب الفقه.

وفكرة التحول في الفقه الإسلامي نجدها واضحة المعالم في بعض القواعد الفقهية التي وضعها الفقهاء من خلال استقراء وتتبع المسائل الجزئية ، والقاعدة الفقهية لا تتبني إلا إذا وجدت مسائل متشابهة تحمل نفس الأحكام ، ونفس الضوابط ، تجتمع هذه الفروع لتبني لنا قاعدة فقهية تضبطها وتجمعها تحت سقف واحد.

فلما ظهرت لنا قواعد تحمل معنى التحول ، علمنا بوجود مسائل فرعية متناثرة داخلة تحت هذه القاعدة . فمن هذه القواعد :

- العبرة في العقود للمقصود والمعاني لا للألفاظ والمباني (١).
- إعمال الكلام أولى من إهماله (٢).
- احتمال الصحة مقدم على احتمال البطلان (٣).
- تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن (٤).
- إذا بطل الأصل يصار إلى البدل (٥).

---

(١) الأشباه والنظائر في الفروع ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ص ١١١. ط. دار الفكر.

(٢) المرجع نفسه ص ٨٩ .

(٣) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، د. على أحمد الندوي ١٣/٢. ط دار عالم المعرفة ١٩٩٩م .

(٤) المرجع السابق ١٢٣/٢.

(٥) المرجع السابق ٢٩/٢.

ـ البياعات الفاسدة تنقلب جائزة بحذف المفسد [١].

ـ إذا زال المانع عاد الممنوع [٢].

ـ بدل الشيء يقوم مقامه ، والبدل يسد مسد الأصل ويحل محله[٣].

ـ تصحيح العقد واجب ما أمكن [٤].

وغيرها من القواعد التي تنص بعضها على التحول، والتي يستخرج من البعض الآخر فكرة التحول ، وهذه القواعد ما ظهرت إلا بعد استقراء الفقهاء للمسائل المتعلقة بالتحول في جميع أبواب الفقه وبناء قاعدة تعبر عنه .

وعليه فالفقه الإسلامي سابق لكل القوانين ولكل الأنظمة التي تدعي لنفسها إبداع فكرة التحول . مع الزيادة عليها والتوسع فيها .

ـ وتأييد الفقه الإسلامي لفكرة التحول ما هو إلا من باب تطبيق مبدأين من مبادىء الإسلام السامية وهما :

أ ـ مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيتها لكل زمان ومكان:

فالشارع الحكيم لما اختار الإسلام خاتم الديانات وجعله صالحا لكل زمان ومكان إلى قيام الساعة قامت به صفة مميزة له عن سائر الأديان ، مما جعله صالحا للاستمرار والانتشار بين البشر ألا وهي صفة المرونة والسعة .

---

(١) المرجع السابق ٢٨٣/١ .
(٢) المرجع السابق ٣٥/٢ .
(٣) المرجع السابق ١٠٠/٢.
(٤) المرجع السابق ٣١٩/٣.

فالأحكام التي بنيت على أساس العرف ، فإنها تتغير بتغير الأزمة والأمكنة، وهذا التغير دليل على المرونة ، يقول محمد الطاهر بن عاشور [١]:

" معلوم بالضرورة من الدين أن شريعة الإسلام جاءت شريعة عامة داعية جميع البشر إلى اتباعها ، لأنها لما كانت خاتمة الشرائع استلزم ذلك عمومتها ـ لا محالة ـ سائر أقطار المعمور وفي سائر أزمنة هذا العالم ... وقد أجمعوا ـ علماء الإسلام ـ على أنها مع عمومها صالحة للناس في كل زمان ومكان ولم يبينوا كيفية هذه الصلوحية وهي عندي تحتمل أن تتصور بكيفيتين :

الكيفية الأولى : أن هذه الشريعة قابلة بأصولها وكلياتها للانطباق على مختلف الأحوال ، بحيث تساير أحكامها مختلف الأحوال ...

الكيفية الثانية : أن يكون مختلف أحوال العصور والأمم قابلا للتشكيل وفق أحكام الإسلام ... "[٢].

فمرونة الشريعة وقابلية بعض أحكامها لأن تحول وتتغير ما هو إلا دليل على صلاحيتها لكل زمان ومكان .

---

(١) هو محمد الطاهر بن محمد الشاذلي بن عبد القادر بن عاشور ، نقيب أشراف تونس وكبير علمائها ، ولي قضاءها والفتيا ثم نقابة الأشراف ، له مؤلفات منها : شفاء القلب الجريح ، وحاشية على قطر الندى ، وحاشية علىجمع الجوامع ، توفي سنة ١٨٦٨م .
انظر الأعلام للزركلي ١٧٣/٦ ، ط. دار العلم للملايين ، ط. السابعة ١٩٨٦م .

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص ٢٣٧ ـ ٢٣٨ ، تحقيق محمد الطاهر الميساوي ، ط. دار النفائس ١٩٩٩م .

ب ـ المبدأ الثاني الذي تدور عليه فكرة التحول : رفع الحرج عن البشر جميعاً:

فتحول الملكية العامة إلى خاصة ومن خاصة إلى عامة ، أو تحول العقود الباطلة أو الفاسدة إلى صحيحة ، وغيرها من الصور ـ التى سوف نتناولها بالدراسة ـ ما هو إلا من باب رفع الحرج عن الأمة ، فالأمر إذا ضاق اتسع .

وعلى هذين المبدأين تقوم فكرة التحول ، وعلى ما مضى من القواعد الفقهية تبني فروعه ، وبدراسة مسائله نضبط أحكامه ونقيد أفكاره .

فكرة التحول في القانون المدني :

تنص مادة ١٤٤ من القانون المدني المصري على ما يلي :

" إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبراء هذا العقد ".

ويقول عبد الرزاق السنهوري في شرحه للمادة :

" وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلىالتصرف الذي توافرت عناصره،

وهو التصرف الصحيح ، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثرا قانونياً عرضياً لا أصلياً "[١].

فمصطلح التحول في القانون المدني مقتصر على تحول العقد، وليس أي عقد وإنما التحول خاص بالعقد الباطل أو العقد القابل للإبطال.

وبداية فكرة تحول العقد الباطل في القانون كانت من العلماء الألمان في القرن التاسع عشر ، حيث أخذ الألمان بدراستها وتطويرها وتقنينها حتى صاغوها في مادة رقم [١٤٠] من القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٨٩٦ [٢].

فكانت بداية استخدام فكرة التحول عن طريق الألمان ، ثم أتي بعدها القانون الفرنسي وأخذ بتطبيق نظرية تحول العقد الباطل عندما صاغها في مادة مستقل برقم [٨٤٠] و[١٣١٨] وهكذا أصبحت فكرة تحول العقد الباطل تنتشر بين القوانين ويكون لها أكثر رواجاً ، فنجد القانون المدني المصري قد نص عليها في مادة [١٤٤] ثم السوري في مادة [١٤٥] والقانون العراقي في مادة [١٤٠] [٣].

---

(١) انظر : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام ٤٩٧/١ ، د. عبد الرزاق السنهوري ، ط. دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

(٢) يقول الأستاذ السنهوري : " أصل هذه النظرية ـ أي نظرية التحول ـ ... صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها القانون الألماني كقاعدة عامة في نص صريح مادة [١٤٠] وتتلخص في أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر ، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدين وهو العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح " . انظر نظرية العقد شرح القانون المدني ، د. عبد الرزاق السنهوري ص ٦٣٤ ط. دار الفكر .

(٣) انظر كتاب تحول العقد ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ص ٢٠ ، ط. الأولى ، مكتبة دار الثقافة الأردن .

وعليه أخذت فكرة التحول بالقبول بين فقهاء القانون حتى وضعوا لها شروطاً [١] وقيوداً لتطبيقها والعمل بها ، فالقانون قد حصر التحول في مجال العقد الباطل أو العقد القابل للإبطال فقط فهو خاص بالمعاملات ويتعلق بالعقود الباطلة دون غيرها .

أما فكرة التحول في الفقه الإسلامي فهي أقدم وجوداً وأسبق ظهوراً إلا أنها لم تكن مقننة كما هي في القانون المدني . ولا يوجد مانع من أن فكرة التحول والتقنين التي ظهرت في القانون الألماني والتي نسب إليه فضل الريادة وابتكار نظرية التحول أن الألمان قد أخذوا فكرة التحول من الفقه الإسلامي ، وخاصة عند تداخل وانتقال الثقافة الإسلامية لدول الغرب .

---

(١) شروط تحول العقد :
(١) بطلان العقد الأصلي (٢) تضمنه بعناصر عقد آخر
(٣) انصراف إرادة المتعاقدين إلى هذا العقد الآخر .
انظر نظرية العقد للسنهوري ص ٦٣٥ .

الباب الأول

التحول في الأشياء والتصرفات

الفصل الأول
التحول في الأشياء

المبحث الأول : تعريف الأشياء .

المبحث الثاني : تعريف الملكية ، بدايتها وتطورها .

المبحث الثالث : الملكية من حيث العموم والخصوص .

المبحث الرابع : تحول الملكية الخاصة إلى ملكية عامة، والعكس .

المطلب الأول : تحول الملكية الخاصة إلى عامة .

المطلب الثاني : تحول الملكية العامة إلى خاصة .

المبحث الأول

تعريف الأشياء

تعريف الأشياء يختلف باختلاف أهل كل فن كما سيتضح :

فالأشياء لغة [١]:

جمع مفرده شيء ، ويجمع كذلك على أشياوات ، وأشاوات ، وأشاوي ، والشيء مصدر شاء ، وقد يأتي بمعنى اسم الفاعل كقوله تعالى :

﴿ قُلْ أَيُّ شَيْءٍ أَكْبَرُ شَهَادَةً قُلِ اللهُ ﴾ [٢].

ويأتي بمعنى اسم المفعول ويراد به مَشِيءُ وجوده كقوله تعالى:

﴿ إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ﴾ [٣].

وقوله : ﴿ إِنَّ اللهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [٤].

والأشياء : اسم لما يصح أن يعلم أو يحكم عليه أو به ، موجوداً كان أو معدوماً، محالاً كان أو ممكنا [٥].

وقيل: الشيء عبارة عن الوجود ، فهو اسم لجميع المكونات عرضاً كان أو جوهراً [٦].

---

(١) لسان العرب ١٠٤/١، القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، ص ٤٤ ط. مؤسسة الرسالة ١٩٩٨م .

(٢) الأنعام الاية ١٩ .

(٣) يس الاية ٨٢ .

(٤) البقرة الآية ٢٠ .

(٥) التعريفات ، علي بن محمد بن علي الجرجاني ص ١٧٠ ، تحقيق إبراهيم الإبياري ، نشر دار الكتاب العربي ١٩٨٥م ، والكليات لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني ص ٥٢٥ تحقيق د. عدنان درويش ، ط. مؤسسة الرسالة ١٩٩٨م ، وكشاف اصطلاحات الفنون . محمد علي بن علي التهانوي ٥٩/٢؛ تحقيق أحمد حسن بسج ، ط. دار الكتب العلمية ١٩٩٨م .

(٦) التعريفات ص ١٧٠ .

فعلى التعريف الأول يكون الشيء عند أهل اللغة عاماً ، فهو يشمل الموجود من الأقوال والأفعال؛ لأنها يمكن العلم والحكم عليها أو بها ، كما يشمل المعدوم الممكن والمعدوم الغير ممكن .

أما التعريف الثاني فإنه يقيد الشيء بالموجود فقط دون المعدوم.

الشيء في اصطلاح المتكلمين [١]:

اختلف المتكلمون في حدهم للشيء :

فقيل : هو الموجود ، فكل موجود شيء ، وكل شيء موجود .

وقال بعضهم : الشيء هو المعلوم ، وعليه : يطلق الشيء على المستحيل وعلى المعدوم الممكن .

وقيل : الشيء هو الجسم .

الشيء في اصطلاح الفقهاء :

نجد الفقهاء في تعريفهم للشيء لا يخالفون اللغويين فيما ذهبوا إليه ، إلا أنهم في تعريفهم للشيء اقتصروا على التعريف الثاني للغويين ، فالشيء عند الفقهاء قاصر على الموجود والمحسوس فقط ، دون المعدوم ؛ إذ المعدوم لا حكم له حتى يظهر .

فالشيء : هو الموجود الثابت المتحقق في الخارج .

فعندهم أن الشيء والثابت والموجود كلها ألفاظ مترادفة [٢].

ومنهم من جعل الأقوال في حكم الأشياء ، فقال :

" هو عبارة عن كل موجود حساً كالأجسام أوحكماً كالأقوال"[٣].

---

(١) انظر: كشاف اصطلاحات الفنون ٢/٤٥٩.

(٢) التعريفات ص ١٧٠ .

(٣) غمز عيون البصائر أحمد بن محمد الحموي١/٣٧ ط. دار الكتب العلمية،١٩٨٥م

الأشياء في اصطلاح أهل القانون :

عندما نأتي لتعريف القانونيين للشيء نجده مختلفاً بعض الشيء عما ذكرناه عند اللغويين وعند المتكلمين وعند الفقهاء . إذ القانونيون يطلقون الشيء ويريدون به محل الحقوق المالية .

يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري : " والشيء في نظر القانون ، هو ما يصلح أن يكون محلًّا للحقوق المالية " [١].

ويقول الأستاذ علي الخفيف : " والشيء في الحقيقة ليس إلا محلاً للحق المالي، وليس هو ذات الحق سواء أكان الشيء ماديا أم غير مادي "[٢].

فالقانونيون يتناولون الأشياء إما عند حديثهم عن حق الملكية أو عند تطرقهم لنظرية الحق ، وذلك لإطلاقهم الشيء على محل الحقوق.

والشيء عندهم يختلف عن المال [٣]؛ لأن الشيء أعم في إطلاقه عن المال ، فكل مال شيء وليس كل شيء مالاً . يقول د. محمد كامل مرسي :

---

(١) الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية ٦/٨ .

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ص ١٨ ، ط. دار النهضة العربية .

(٣) المال في اللغة : يطلق على كل ما يملكه الإنسان ، وحازه بالفعل من كل شيء سواء أكان عيناً أم منفعة.
وقد جاء في لسان العرب ص ٦٣٢/١١ : " المال: معروف ما ملكته من جميع الأشياء " .
والمال في الاصطلاح : اختلف الفقهاء في تعريفهم له .
فالمال عند الحنفية :
" ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة " انظر: رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ٥٧/٢ ، ط. دار إحياء التراث العربي ، ومادة =

" يجب عدم الخلط بين المال والشيء ، لأن المال شيء، ولكن ليس كل شيء مالاً ، فالبحار والشمس والقمر والهواء والنور أشياء، ولكنها لا تعتبر مالا حسب الاصطلاح القانوني؛ لأنها لا تقع في حيازة إنسان "(١).

" والشيء" في بداية ظهوره ـ كمصطلح قانونى ـ ، اقتصر فقط على الأشياء المادية مما لها وجود حسي ، وذلك لكي يصلح الشيء أن يكون محلاً للحقوق المالية، إلا أن إطلاق الشيء على المادي أوالحسي فقط لم يكتب له الاستقرار ؛ وذلك لظهور واستحداث أمور غير حسية وغير مادية لم تكن موجودة ، وهي قابلة لأن تكون أحد الحقوق التي يتمتع بها الفرد كالاختراعات والأفكار ، فهي أمور غير مادية ، وعلى التعريف السابق لا تدخل تحت مصطلح الأشياء،

=١٢٦ من مجلة الأحكام العدلية ، انظر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١١٥ ، ط. دار الجيل .

وذهب المالكية في تعرف المال بأنه : " ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه " انظر: الموافقات ، إبراهيم بن موسى الشاطبي ٢/١٧ تحقيق عبد الله دراز ط. دار المعرفة ، بيروت.

وقال الشافعية في تعريفهم للمال بأنه : " ما كان منتفعاً به أي مُسْتَعِداً لأن ينتفع به" . انظر: المنثور في القواعد لمحمد بن بهادر الزركشي ٣/٢٢٢ تحقيق محمد الأشقر ط. وزارة الأوقاف الكويتية .

وقال الحنابلة بأنه : " ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة " ، انظر: كشاف القناع عن متن الاقناع ، منصور بن يونس البهوتي ١/٧ ط. دار الفكر.

وقد جمع هذه التعاريف كلها د. عبد السلام العبادي في قوله : " ما كان له قيمة مادية بين الناس وجاز شرعا الانتفاع به في حال السعة والاختيار " . انظر الملكية في الشريعة الإسلامية ، د. عبد السلام العبادي ١/٢١٠ ، ط. مؤسسة الرسالة .

(١) الأموال ، ص ٦، ط. الرغائب ١٩٣٥ .

فبظهورها اتسع مصطلح الشيء حتى أصبح يشملها في الإطلاق [١]، وأصبحت من الأشياء ، لقابليتها أن تكون محلاً للحقوق المالية .

فالقانونيون يطلقون مصطلح " الشيء " ويقصدون به كل ما هو محل الحقوق المالية ، سواء أكان ماديا محسوسا أم معنويا غير محسوس .

وأهم حق للشيء المالي هو حق الملكية ، أي : قابليته للملك والتملك ، وذلك عن طريق التعامل به .

ففي حديثنا عن الأشياء ، لا نتكلم عنها وعن ذاتها، وعن كيفية تحولها بنفس عينها ؛ لأن تحول الشيء بذاته مصطلح آخر يستعمله الفقهاء يسمى بالاستحالة ، وهذا لم أقصده في بحثي ، وإنما قصدت ذكر الصفات التي تلازم الشيء منذ ظهوره إلى فنائه ، وأهم صفة تلازم الشيء المباح ، كونه قابلاً للملك والتملك ، وقابلاً للاستعمال والاستخدام ، وعليه نقتصر في بحثنا على حق الملكية وأنواعها وكيفية التحول الحاصل في الملكية .

وقبل الخوض في علاقة الأشياء بالملكية وكون الشيء مالاً ، وتطور الملكية لابد لنا من تعريف الملكية :

---

(١) يقول الأستاذ علي الخفيف : يستعمل رجال القانون اسم الشيء في كل ما لا يعد شخصا مما له كيان مستقل مادي ، يجعله صالحا لأن يكون محلا لحقوق الأشخاص ، فأجزاء الجسم وأعضاؤه مادامت غير مستقلة عنه لا تعد من الأشياء ولكن إذا انفصلت عنه ، وأصبح لها كيان مستقل ذاتي أمكن أن تعد من الأشياء ، ومقتضى هذا البيان أن الشيء لا يكون إلا ماديا، وهذا اصطلاح لم يكتب له الدوام ، فقد اتسع معنى الشيء حتى صار يطلق اسم الشيء على كل ما له كيان ذاتي مستقل، سواء أكان ماديا يدرك بالحس أم معنويا لا يدرك إلا بالشعور ، كأفكار المؤلفين وابتكارات المخترعين، وغير ذلك من الحقوق المعنوية ".
انظر : الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، الأستاذ علي الخفيف ص ١٨ ، وانظر كذلك الأموال د. محمد كامل مرسي ص ٥ .

المبحث الثاني
تعريف الملكية

تعريف الملكية لغة :

الملكية : مصدر صناعي[١] صيغ من مادة " ملك " .

فالملكية نسبة إلى الملك .

والملك كما جاء في لسان العرب : المَلْكُ والمُلْكُ والمِلْكُ احتواء الشيء ، والقدرة على الاستبداد به ، ملكه يَمْلِكُهُ مَلْكًا ومِلْكا ومُلْكا وتَمَلُّكًا [٢].

وجاء في معجم مقاييس اللغة :

" الميم واللام والكاف أصل صحيح يدل على قوة في الشيء وصحة ... يقال ملكت الشيء : قويته " [٣].

ثم أخذ يطلق على الشيء الذي يملكه الإنسان من الأموال وغيرها، فيقال : مَلَكَ الإنسان الشيء يملكه ملكا ؛ لأن يده فيه قوية صحيحة [٤].

وقد جاء في جمهرة اللغة : " الملك ما يحويه الإنسان من ماله"[٥].

---

(١) المصدر الصناعي : هو مصدر يصاغ من الكلمة؛ بأن يزاد عليها ياء نسبة مشددة بعدها تاء . انظر: المعجم المفصل في علم الصرف ، راجي الأسمر . ط. دار الكتب العلمية، ومعجم القواعد العربية ، عبد الغني الدقر . ط. دار القلم دمشق ١٩٩٣م .

(٢) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ٤٩٢/١٠ .

(٣) معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس بن زكريا ٣٥١/٥ ـ ٣٥٢ .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) جمهرة اللغة لمحمد بن الحسن بن دريد الأزدي ، ١٧٠/٢ ، ط. حيدر اباد ١٣٤٥هـ .

وتعريف الملك بما يحويه الإنسان لا يعارض سابقيه ؛ لأن كل ما تحت يد الإنسان من ماله ، فهو قوي لاستبداد صاحبه به دون غيره .

أما كلمة الملكية ، فإنها لما كانت مصدراً صناعياً فقد جعلت للتعبير عن علاقة الإنسان بالمال وذلك بالنظر إلى المال والإنسان .

ومن المصطلحات القريبة من مصطلح الملكية : المملوكية ، والمالكية، فالمملوكية يعبر عن علاقة الإنسان بالمال ، ولكن بالنظر إلى المال فقط ، وأما المالكية فقد جعل التعبير عن العلاقة نفسها بالنظر إلى الإنسان [١].

---

(١) المعجم الوسيط ٢/٨٩٣ .

تعريف الملكية في اصطلاح الفقهاء

عندما نبحث عن تعريف الملكية في كتب الفقهاء القدامى نجدهم يستعملون مصطلح " الملك " أكثر من استخدامهم مصطلح "الملكية".

لكن الفقهاء المعاصرين قد استعملوا مصطلح الملكية وشاع بينهم .

وفي الحقيقة كلا الاصطلاحين بمعنى واحد ويؤديان إلى نتيجة واحدة . لكن الفقهاء قديماً وحديثاً اختلفت تعاريفهم للملكية، ونعرض فيما يلي بعضاً منها :

الملكية عند الحنفية :

عرف ابن الهمام (١) الملكية بأنها : " قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف " (٢).

وعرفها ابن عابدين (٣) بأنها " ما من شأنه أن يُتصرف فيه بوجه الاختصاص "(٤).

---

(١) ابن الهمام : هو كمال الدين ، محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الإسكندراني السيواسي ، ولد سنة ٧٩٠هـ وتوفي ٨٦١ هـ. وكان فقيهاً ومحدثاً ولغوياً ، من مؤلفاته : فتح القدير شرح فيه الهداية في الفقه ، والتحرير في الأصول ، والمسايرة في العقائد. انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، عبد القادر بن محمد القرشي ٨٦/٢، تحقيق : عبد الفتاح الحلو ، ط. دار العلوم ، و الأعلام للزركلي ٢٥٥/٦.

(٢) شرح فتح القدير : لابن الهمام ٢٤٨/٦ ، ط. دار الفكر . الثانية .

(٣) ابن عابدين هو : محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم ، ولقب بابن عابدين لاتصال نسبه الشريف بالإمام زين العابدين على بن الحسين. كان فقيه الديار الشامية وإمام المذهب الحنفي ، ومفسراً ، وأصولياً ، له مؤلفات كثيرة منها : رد المحتار على الدر المختار ت ١٢٥٢هـ. انظر: الفتح المبين في طبقات الأصوليين، عبد الله مصطفى المراغي١٤٧/٣، الأعلام للزركلي ٤٢/٦.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٠٢/٤ .

تعريف الملكية عند المالكية :

قال ابن عرفة (١) في تعريف الملكية : "هي استحقاق التصرف في الشيء بكل أمر جائز فعلا أو حكما لا بنيابة " (٢).

تعريف الملكية عند الشافعية :

عرفها الزركشي(٣) بأنها : " القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بها تبعة ، ولا غرامة دنيا ولا آخرة "(٤).

تعريف الملكية عند الحنابلة :

عرف ابن تيمية(٥) الملكية بأنها: " القدرة الشرعية علىالتصرف في الرقبة"(٦).

---

(١) ابن عرفة هو : محمد بن محمد بن عرفة التونسي ، يكنى بأبي عبد الله ، فقيه مالكي ، إمام تونس وعالمها ، له مكانة في العلوم جمعاء من الفقه ، والأصول ، والكلام ، والنحو ، والتفسير وغيرها، له مؤلفات منها : الحدود ، المختصر الشامل ، مختصر في الفرائض ، ولد سنة ٧١٦هـ ت: ٨٠٣هـ . انظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد مخلوف ص ٢٢٧ ط. دار الكتاب العربي ، والأعلام ٢٧٢/٧.

(٢) شرح حدود ابن عرفة لمحمد الأنصاري الرصاع ٦٠٥/٢ تحقيق: محمد أبو الأجفان ، ط. دار الغرب الإسلامي .

(٣) الزركشي هو : محمد بن بهادر بن عبد الله ، وكنيته أبو عبد الله ، ولقب بالزركشي ؛ لأنه تعلم صناعة الزركش في صغره ، شافعي المذهب ، ولد سنة ٧٤٥هـ ، وتوفي سنة ٧٩٤هـ .
له مصنفات منها : البحر المحيط في الأصول ، البرهان في علوم القران ، وغيرها كثير .
انظر : شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، ابن العماد الحنبلي ٣٣٥/٦.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٢٢٣/٣ .

(٥) ابن تيمية هو : أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية أبو العباس الدمشقي الحنبلي ، ولد ٦٦١ هـ وتوفي ٧٢٨هـ ، له مؤلفات منها : اقتضاء الصراط المستقيم ، الفتاوى ، نظرية العقد وغيرها ، انظر : شذرات الذهب ٨٠/٦ ، والأعلام ١٤٠/١.

(٦) مجموع الفتاوى ، أحمد ابن تيمية ١٧٨/٢٩ .

تعريف الملكية لدى بعض الفقهاء المعاصرين :

عرف الأستاذ أبو زهرة الملك بقوله :

" هو الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعاً ، الذي به تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداء ، إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص " [١].

أما الشيخ على الخفيف فقد عرف الملك بأنه : "اختصاص يُمكن صاحبه شرعاً من أن يستبد بالتصرف والانتفاع عند عدم المانع الشرعي "[٢].

ويمكن أن نضع تعريفا للملكية من خلال الجمع بين التعريفات السابقة فنقول :

" سلطة على الشيء ، يعطيها الشارع للمالك للتصرف به والانتفاع منه، على وجه الاختصاص ".

فالسلطة : هي القدرة ، أي: القدرة التي يثبتها الشارع للمالك .

والتصرف فيه : يكون ببيع أو هبة أو إعارة أو وقف .

والانتفاع به : باستخدامه أواستعماله أواستئجاره وغيرذلك .

على وجه الاختصاص : بحيث يمنع غيره من التصرف أو الانتفاع به .

علاقة الأشياء بالملكية :

قد ذكرنا فيما سبق أن الشيء يختلف عن المال ؛ إذ الشيء أعم من المال ، لأن كل مال شيء ، ولا عكس، فكل الحقوق المالية سواء المعنوية أم غير المعنوية أشياء بينما هناك أشياء لا يمكن أن يطلق

---

(١) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، لأبي زهرة ص ٦٥ ، ط. دار الفكر العربي .

(٢) الملكية في الشريعة الإسلامية ، ص ٢٤ ـ ٢٥ .

عليها أنها مــال ، حيث يفترق الشــيء عن المــال فــي الأشــياء الغير مالية.

فإذا قلنـا : إن كل مــال ــ سـواء كـان مـن الأمـوال العينيــة أم المعنوية ــ شيء ، وكل مال حقه الملك والتملك ، ينتـج لنـا أن بعـض الشيء حقه الملك والتملك .

فنصل إلى أن الملكية ما هي إلا حق من حقوق الأشياء المالية.

بداية الملكية وتطورها :

الأشياء القابلة للملك وجـدت بدايـة قبـل ظهـور الإنسـان ، ومـع وجودها وجدت المالية للشيء ووجدت قابلية الشيء للملك قبل ظهـور الإنسان الذي استخلفه الله في الأرض ، وأذن له في تملك الأشياء[1] ، قال تعالى:

﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً ﴾ [2].

---

(١) من الأمور المتفق عليها في الشريعة الإسلامية أن المالك الحقيقي للأشياء كلها هو الله وحده لا شريك له ، قال تعالى : ﴿ أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ ﴾ البقرة ١٠٧ ، فالله هو المالك الحقيقي، وهو الخالق لها، والأمر يرجع إليه كله .
إلا أن الله تعالى قد استخلف الإنسان وجعله خليفة على هذه الأشياء، وأمره أن يتصرف فيها أحسن التصـرف قـال تعـالى : ﴿ وَهُوَ الَّذِي جَعَلَكُمْ خَلائِفَ الأَرْضِ ﴾ الأنعام ١٦٥ .
وعليه يقول أستاذنا الدكتور/ محمد بلتاجي : " فملكية البشر للأشياء ــ سواء كانت جماعية أم فردية ــ ليست هي الاختصاص المطلق بالتصرف في الأشياء فذلك لله تعالى وحده ، إنما هي اختصاص وحيازة جماعات أو أفراد منهم للتصـرف المحدود النطاق في بعض الأشياء في زمان ما ومكان ما بقيود وضعية وتكليفية معينة ..." .
انظر : الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي ص ٧٦ ط. مكتبة الشباب ١٩٨٨م.

(٢) البقرة الآية ٢٩ .

فالأشياء قبل ذلك اتصفت بصفتين: الأولى: الإباحة، والثانية: قابليتها للملك والتملك . فالأشياء في بداية أمرها ظهرت مباحة الاستعمال ، لعدم وجود مالك لها ، إلا أن الذي تم الاستيلاء عليه ووضعه تحت اليد بقصد الاستئثار به صار مملوكاً لمن استولى عليه من الأفراد .

فعليه انتقل الشيء من كونه مباحا إلى كونه مملوكاً ملكاً فرديا ، وسبب ظهور الملكية الفردية أو الملكية الخاصة هي حب الإنسان للاستئثار بالشيء وعدم مشاركة غيره له .

والملكية الفردية منذ بداية ظهورها لم تكن مستقرة تمام الاستقرار؛ وذلك لملازمتها للاستيلاء والحيازة فقط ، فمتى وضع شخص يده على شيء أصبح ملكا له ، ومتى رفع يده عنه وتركه خرج من ملكه، وعاد إلى صفته الأولى وهي الإباحة.

وبعد مرور الزمن واستقرار الحياة أصبحت الملكية نظاما اجتماعيا شائعاً قد اكتسب صفة الدوام والاستقرار وذلك عندما اختصت كل جماعة في موطنها بما تحويه الأرض من المرافق، والزروع ، والأنهار ، والمياه . وهذا ما يسمى بمصطلح الحماية [(١)].

---

(١) انظر : الملكية في الشريعة الإسلامية لعلي الخفيف ص ٣٩ ـ ٤٣ ، والاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، د. محمد فاروق النبهان ص ١٦٣ ـ ١٦٨ مؤسسة الرسالة .

المبحث الثالث

الملكية من حيث العموم والخصوص[1]

بعد أن علمنا سبب ظهور الملكية الفردية وكيف تبعتها الملكية الجماعية أو الملكية العامة ، نذكر المراد من الملكية الخاصة والملكية العامة ونوضح خصائص كل نوع ؛ حتى يمكننا تصور التحول بينهما.

المراد بالملكية الخاصة :

الملكية الخاصة أو الملكية الفردية ، كلتاهما بمعنى واحد .

وطبيعة هذه الملكية أنها خاصة لفرد معين أو لمجموعة من الأفراد يشتركون في الاستئثار بمنافع الشيء المملوك ، والتصرف فيه.

ومن أجمع التعاريف للملكية الفردية أو الخاصة ما عرفه أستاذنا الفاضل الدكتور محمد بلتاجي حسن فقال:

---

(١) للملكية تقسيمات عديدة على حسب الاعتبارات الموجودة ، فقد تنقسم الملكية باعتبار محلها إلى أربعة أنواع :

١ ـ ملك العين .
٢ ـ ملك المنفعة .
٣ ـ ملك العين والمنفعة .
٤ ـ ملك الدين .

وتنقسم الملكية باعتبار صاحبها إلى نوعين :

١ ـ ملكية خاصة .
٢ ـ ملكية عامة .

وباعتبار صورتها تنقسم إلى :

١ ـ ملكية متميزة أو مفرزة .
٢ ـ ملكية شائعة .

انظر الملكية وضوابطها في الإسلام ، دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة ، د. عبد الحميد البعلي ص ٦٢ ، مكتبة وهبة ١٩٨٥ م .

" هي ما أثبته الشارع من حق للفرد في الاختصاص الحاجز بالشيء ، من حيث استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، في نطاق القيود الشرعية التي قررها " (١).

ثم بعد تعريفه الملكية الفردية ، ذكر العناصر التى تضمنها التعريف وهي :

أولاً : المرجع في إثبات حقوق الأفراد هو الشارع ، عن طريق الشريعة الإسلامية التي أنزلها المولى ﷻ متمثلة في القرآن الكريم ، والسنة النبوية ، ومقرراتهما الثابتة .

ثانياً : أن " الاختصاص الحاجز" هو تمكين صاحبه من استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه، فهو حق جامع لكل أنواع التصرفات .

ثالثاً : أن مقتضى كون هذا الاختصاص "حاجزا" منع غيره من منازعته فيه ؛ لثبوت معنى الاستئثار به ، فهو حق مانع .

رابعاً : أن كل ما يتضمنه هذا الوصف ويقتضيه من "جمع ومنع" محكوم بالقيود الشرعية المقررة " (٢).

والشريعة الإسلامية لما رأت من الإنسان حاجته للاستئثار بالشيء وحده دون غيره ؛ وذلك لإشباع رغبته وسد حاجته ، وللانتفاع بما هو متاح تحت يده أجازت للبشرية جمعاء التملك على صفة الخصوصية .

ولهذا ذكرنا سابقاً أن الشارع هو الذي أذن في التملك ودخول الشيء تحت الملكية الخاصة .

---

(١) الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي ص ٩٢، مكتبة الشباب ، ١٩٨٨م.

(٢) المرجع نفسه ، بتصرف .

والأدلـة غلـى ذلـك ــ أي: علـى مشـروعية الملكيـة الخاصـة ــ جاءت من القرآن والسنة ، فمن القرآن :

١ ــ قال تعالى : ﴿ مَثَـلُ الَّذِيْـنَ يُنْفِقُـونَ أَمْوَالَهُـمْ فِـي سَـبِيلِ اللهِ كَمَثَـلِ حَبَّـةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِئَةُ حَبَّةٍ ﴾ (١).

٢ ــ وقال تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُـمْ بَيْنَكُـمْ بِالبَـاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (٢).

٣ ــ وقال تعالى : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِيْنَ الَّذِيْنَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَـارِهِمْ وَأَمْوَالِهِـمْ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِنَ اللهِ وَرِضْوَانًا﴾ (٣).

فهذه النصوص وغيرهـا وردت توضـح إقـرار الشـارع للملكيـة الخاصة ، عن طريق إضافة المال إلى الإنسان واختصاصه به ، وعن طريق احترام ملكية الغير الخاصة به، مـع تشـجيع الإنسـان لاسـتثمار الأموال والأشياء الخاصة ، وإعمار الأرض من الأموال الحـلال دون الحرام .

وهذا كله واضح في قوله تعالى :

﴿ وَءَاتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِـالطَّيِّبِ وَلاَ تَـأْكُلُوا أَمْوَالَهُـمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوْبًا كَبِيراً ﴾ (٤).

ومما يدل على الملكية الخاصة أو الفردية من السـنة النبويـة مـا يلي :

---

(١) البقرة : الآية ٢٦١ .
(٢) النساء : الآية ٢٩.
(٣) الحشر : الآية ٨ .
(٤) النساء : الآية ٢ .

١ ـ ما قاله الرسول ﷺ في حجة الوداع : " فإن دماءكم و أموالكم وأعراضكم بينكم حرام ، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا ، في بلدكم هذا .." [١].

٢ ـ وعن أبي هريرة ﷺ قال : قال النبي ﷺ : "كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه " [٢].

هذه بعض الأدلة التى جاءت بها الشريعة الإسلامية لبيان جواز ومشروعية امتلاك الإنسان الشيء ملكاً خاصاً دون غيره ، وجواز وضع يده عليه وبيان أن له الانتفاع به ، وله مطلق التصرف ، بالضوابط والقيود الشرعية .

خصائص الملكية الخاصة :

من خلال تعريف الملكية الخاصة ، وما أوردنا من النصوص الشرعية القائلة بالملكية ، نجد أن الملكية الخاصة لها خصائص تميزها عن الملكية الجماعية والملكية العامة ، من أهمها :

١ ـ أنها تجعل لصاحب الشيء حق التصرف المطلق في العين المملوكة ، يقول الأستاذ على الخفيف :

" الأصل في الملكية ـ أو في حق الملكية ـ: أن يكون حقا مطلقاً جامعاً لكل فائدة يستطاع استيفاؤها من الشيء المملوك"[٣].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه كتاب العلم ، باب : رب مبلغ أوعى من سامع ، حديث رقم (٦٥) ، ٣٧/١ ، ط. ابن كثير ، تحقيق : مصطفى ديب البغا.
ومسلم في كتاب القسامة باب : تغليظ تحريم الأعراض برقم (١٦٧٩) ، ١٣٠٥/٣ ، ط. دار إحياء التراث ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) رواه الإمام مسلم ، كتاب: فضل الصحابة ، باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله ، برقم (٢٥٦٤) ، ١٩٨٦/٤ .

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية ص ٨٤ .

فلصاحب الشيء أن ينتفع به فله استخدامه ، وله بيعه وله هبته وله إعارته وغيرها من التصرفات الجائزة شرعاً .

٢ ـ أن صفة الملكية ـ أوحق الملكية ـــ الخاصة الثابتة للشخص ، تلازمها صفة الدوام والاستقرار ، فهو حق دائم لا يقبل التأقيت ولا يزول بعد مضي فترة من الزمن ، إذن الملكية لا تقبل التأقيت ، ولا يسقط الملك بالإسقاط ، ولا بعدم الاستعمال إلا في بعض الحالات الخاصة.

٣ ـ لا يجب في الشيء المملوك الضمان إذا أتلفه صاحبه ؛ إذ لا فائدة من الضمان سواء أكان قيمياً أو مثليا [١].

٤ ـ أن استخدام الشيء المملوك ملكية خاصة يجب ألا يتعارض مع مصلحة عامة أو مصلحة فرد آخر ، فلا يستخدم الشيء إذا كان في استخدامه ضرر على صاحبه أو على غيره من الأفراد أو الجماعات ، فكل ما يؤدى إلى ضرر بالأمة أوبالغير يزال عن طريق تحول الملكية الخاصة إلى عامة أو إلى خاصة لفرد آخر.

بعد الانتهاء من الحديث عن الملكية الخاصة أو الفردية بذكر تعريفها وأدلتها وخصائصها نعرج إلى الملكية العامة .

تعريف الملكية العامة :

يطلق الفقهاء الملكية العامة أو الجماعية مقابل الملكية الخاصة أو الفردية ، ويريدون بذلك : "كل ما دخل في ملك الناس عامة أو مجموعة منهم دون تخصيص، وكذلك ما دخل في ملك الدولة بصفتها

---

(١) صحيح أن صاحب الملك الخاص غير ضامن عما أتلفه في ملكه إلا أنه مسئول عن الشيء ديانة، وعليه يجوز الحجر عليه ومنعه من التصرف .
انظر : الملكية في الشريعة الإسلامية لعلي الخفيف ص ٩٦ ، والملكية وضوابطها في الإسلام لعبد الحميد البعلي ص ٨٢ .

القائمة على مصالح الناس ". وذلك كالأنهار والبحار والطرق ، والأراضي الموات التي لا يملكها شخص ، وغيرها من المرافق العامة التي لا يمكن لأحد الاختصاص بها دون غيره .

فالأشياء السابقة وغيرها تدخل تحت الملكية العامة ، وتكسب صفة الملكية العامة ، فالانتفاع بها يكون لجميع أفراد الأمة ، أو لجماعة من الجماعات التى تتكون منها .

والفرد إذا انتفع بهذه الأشياء ، إنما يكون انتفاعه بصفته فردا من أفراد تلك الجماعة ، لا أنه مالك للشيء .

فالفرد له حق الانتفاع لا حق التملك ؛ لأن الملكية إنما هي لجميع الأمة .

وهذه الملكية العامة لها أقسام وأنواع مختلفة[1]:

أولاً : إذا نظرنا إلى الملكية من حيث ما يتعلق بها من حقوق نجدها تنقسم إلى:

١ ـ أملاك عامة تابعة للدولة ، وهي مخصصة لمنفعة عامة شاملة لجميع أفراد الدولة .

٢ ـ أملاك عامة تابعة للبلديات أو المدن ، وهي ما كانت مخصصة لمنفعة فئة أو جماعة من الفئات أو الجماعات التي تتكون منها الدولة .

ثانيا: للملكية العامة تقسيم آخر من خلال النظر إلى أحكامها وما خصصت له فهي تنقسم إلى :

---

(١) وللمزيد ينظر الملكية فى الشريعة الاسلامية ، الأستاذ على الخفيف ص ٧٨ ، والملكية وضوابطها في الإسلام ، د. عبد الحميد البعلي ص ٩٠ ، والخصخصة في ضوء الشريعة الإسلامية لمحمد صبري بن أوانج ص ٣٨ ، ط. دار النفائس ٢٠٠٠ م .

١ ـ أملاك الدولة العامة : وهو ما كان مخصصاً لمنفعة من المنافع العامة، كالطرق والجسور ، والقناطر ، والأنهار ، والقلاع ، والحصون ... وغير ذلك .

وحكم هذا النوع من الملكية العامة أنه لا يجوز أن يدخل تحت الملكية الخاصة ، وذلك لانتفاع واستفادة عامة الأمة به .

٢ ـ أملاك الدولة الخاصة : وهي الأموال التي تملكها الدولة، واستعمالها إنما يكون لأغراض مصلحة عامة ، وذلك كالأراضي الأميرية التي تقوم الدولة بزراعتها واستغلالها لأفراد الأمة ، وكالغابات والمعادن وما تناله الدولة من الكنوز.

فالملكية العامة على الأشياء قد تكون متاحة لكل الأفراد، يتمتعون بها في أي وقت، كالمرافق والمساجد ومقابر المسلمين .

وقد تكون الملكية العامة تحت تصرف الدولة تستخدمها فيما تراه لمصلحة جميع الأمة .

الأدلة على مشروعية الملكية العامة أو الجماعية :

أدلة الملكية العامة متمثلة فى الصور التى أجازها الإسلام وأقرها ، ومن هذه الصور :

١ ـ المرافق العامة :

والأصل في ذلك قوله تعالى :

﴿ وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾ (١).

فإضافة المساجد لله دليل على الملكية الجماعية للمسجد ، وأن لكل فرد الانتفاع به ، عن طريق العبادة .

---

(١) الجن : الآية ١٨ .

وكذلك من صور المرافق العامة التي جاء الشارع بدليل ملكيتها ملكية العامة هي: الماء والكلأ والنار ، قال رسول الله ﷺ :

" المسلمون شركاء في ثلاث : الماء ، والكلأ، والنار " (١).

فهذا الحديث النبوي يقرر أن الأشياء الثلاثة السابقة لا يجوز أن تكون تحت ملك خاص، وإنما هي أشياء ينتفع بها جميع المسلمين ؛ لأنها داخلة تحت الملكية العامة .

٢ ـ الحِمَى :

وهو تخصيص جزء أو موضع من الأرض التي لا يملكها أحد للحاجة العامة كأن تكون مرعى لخيل الجهادوماشية الصدقة (٢).

فالرسول ﷺ قد حمى أرض النقيع في المدينة للخيل (٣).

وأمير المؤمنين عمر بن الخطاب كذلك قد حمى الربذة والشرف(٤).

---

(١) رواه أبو داود في سننه مع بعض الاختلاف حيث رواه : " المسلمون شركاء في ثلاث في الكلأ والماء والنار " كتاب الإجارة باب في منع الماء ٣/٢٧٨ رقم (٣٤٧٧)، ط. دار الفكر ، تحقيق : محمد محيى الدين عبد الحميد .
ورواه ابن ماجه في سننه ، مع زيادة : " وثمنه حرام" أبواب الرهون ، باب: المسلمون شركاء في ثلاث ٢/٨٢٦ ، رقم (٢٤٧٢) ، ط. دار الفكر تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .

(٢) الملكية وضوابطها في الإسلام ، د. عبد الحميد البعلي ص ٩٣ .

(٣) رواه الإمام البخاري بلاغا ، كتاب : الاستقراض وأداء الديون والحجر، باب : لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ رقم (٢٢٤١)، ٢/٨٣٥.
ورواه أبو داود ، كتاب : الخراج والإمارة والفيء ، باب : في الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، رقم (٣٠٨٣) ، ٣/١٨٠.

(٤) رواه البخاري بلاغا كتاب : الاستقراض وأداء الديون والحجر ، باب : لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ رقم (٢٢٤١)، ٢/٨٣٥.

يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي :

" فنظام الحمى الإسلامي لم يكن إلا نقلاً لبعض الأرض من ملكية عامة مشتركة إلى ملكية عامة أيضاً ؛ لكنها مخصصة لأغراض معينة حددتها الدولة ، فهو انتقال من ملكية الأمة إلى ملكية الدولة ، وكل منهما شكل من أشكال الملكية العامة " (١).

٣ ـ أموال بيت المال:

بيت المال : هو المكان المعد لحفظ المال خاصّاً كان أو عامّا.

إلا أن مصطلح " بيت المال" أو " بيت مال الله " استعمل في صدر الإسلام للدلالة على المبنى والمكان الذي تحفظ فيه الأموال العامة للدولة الإسلامية.

ثم تطور هذا الاستعمال حتى أصبح يطلق على الجهة التي تملك المال العام للمسلمين ، من النقود والعروض والأراضي الإسلامية وغيرها (٢).

فإقرار الفقهاء لبيت المال ودخول الأموال العامة فيه ، دليل على مشروعية الملكية العامة للمسلمين .

٤ ـ الشيء الموقوف لمصلحة المسلمين :

وذلك عن طريق حبسه لصالح المسلمين في سبيل الله ، والدليل على ذلك : أن النبي ﷺ قد رصد أرض بني النضير ، ونصف خيبر لمصلحة عامة المسلمين ، وهذا ما فعله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في أرض السواد في العراق(٣).

---

(١) الملكية الفردية ، ص ٣٩ .

(٢) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٤٢/٨ .

(٣) روى أبو عبيد القاسم بن سلام : أنه لما افتتحت أراضي العراق والشام أراد الغانمون أن يقتسموها فيما بينهم ، ووقع خلاف بين الصحابة حول التقسيم ، =

فالوقف صورة من الملكية الجماعية أو العامة التي وقفها صاحبها في سبيل الله للمسلمين جميعا.

فهذه بعض الصور التي جاء بها الإسلام وأقرها ورغب في بعضها ، والتي تدل على مشروعية الملكية الجماعية في الإسلام .

خصائص الملكية العامة :

١ ـ أنها مخصصة للأشياء والأموال التي يتمنع أن تكون محلا للملكية الخاصة ، فهي تعتبر أشياء مملوكة ملكية عامة ، كالأنهار والشوارع والطرق والمرافق .

٢ ـ أنها ملكية تعلقت بها مصلحة وحاجة البشر للانتفاع بها واستعمالها ، كالمدن والميادين العامة والأراضي .

٣ ـ أن الانتفاع بها محدود النطاق ، والتصرف فيها مقيد بضوابط معينة ، ولذلك لا يجوز إتلاف الشيء المملوك ملكية عامة ، ولا يجوز لفرد من أفراد الأمة التصرف فيه كالتصرف في الملكية الخاصة من بيع أو هبة أو إعارة .

ضابط الملكية العامة عن الملكية الخاصة :

من خلال استعراض الأدلة والنصوص لبيان مشروعية الملكية الخاصة والملكية العامة ، نجد أن فكرة المال الخاص والمال العام

= حتى جمع عمر الصحابة واستشارهم في أرض العراق ومصر . وبعدها كتب عمر إلى سعد بن أبي وقاص في العراق بعدم التقسيم ، وقال:

" أما بعد فقد بلغني كتابك ، أن الناس قد سألوا أن تقسم بينهم غنائمهم ، وما أفاء الله عليهم، فانظر ما أجلبوا به عليك في العسكر من كراع ـ أي الخيل ـ أو مال فاقسمه بين من حضر من المسلمين ، واترك الأرضين والأنهار لعمالها ؛ ليكون ذلك في أعطيات المسلمين ، فإنا لو قسمناها بين من حضر لم يكن لمن بعدهم شيء ".

انظر : الأموال لابن سلام ص ٥٩ ، تصحيح محمد حامد الفقي ، نشر المكتبة التجارية .

متميزة منذ عهد الرسول ﷺ واستمرت إلى عهد الخلفاء من بعده ، وتطورت في ظهور " بيت مال المسلمين" أو " بيت المال العام " أو " بيت مال الله ".

ولكن ما هو الضابط أو الحد الفاصل ــ كما يسميه أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي ــ الذي يميز لنا أن هذا الشيء يملك ملكية جماعية أو ملكية فردية ؟

نجد الضابط الذي يميز الملكية الخاصة عن الملكية العامة هو ضابط المنفعة المتحققة في الأشياء ، فلكل شيء منفعة جعلها الشارع لتحقيق المقاصد ولاستمرار الحياة واستقرارها .

فإن كانت المنفعة في الشيء أو المقصد من الشيء هو تحقيق هدف جماعي وعام يشمل كل المسلمين ، فهو يدخل تحت الملكية العامة ، وما كان غير ذلك فإلى الملكية الخاصة أقرب .

فإذا عرضنا المساجد نجد منفعتها ومقصدها لا يتحقق إذا دخلت تحت الملكية الخاصة أو الملكية الفردية ؛ وذلك لأنها جعلت لعامة المسلمين ، فعليه تكون المساجد من الأملاك العامة ، ومثلها المدارس، والطرق العامة ، والأنهار ، والبحار وغيرها .

يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي :

" المعيار الفارق بين النوعين ــ أي: الملكية الخاصة والملكية العامة ــ يتلخص في أن الأشياء التي لا يمكن أن تحقق منافعها المقصودة منها شرعاً إذا تملكها الأفراد، ينبغي إبعادها عن مجال ملكياتهم ، أما الأشياء التي تحقق منافعها الشرعية في ملكيات فردية فهي التي تدخل في مجال الملك الفردي "[1].

---

(١) الملكية الفردية ص ١٠٥ .

فالغرض والهدف الأساسي من الملكية الخاصة هي إشباع رغبة الفرد نفسه دون غيره من المجتمع ، وسد حاجته سواء الحاجة الضرورية أو التحسينية للفرد ، وهذا كله لا يكون إلا إذا أعطي الفرد التصرف فيما تحت يده تصرفا مطلقا ، دون مشاركة أحد غيره ، وتحقيق هذا الهدف وهذا المقصد إنما يكون في مجموع الأشياء لا في جميعها .

وكما أن الفرد لا يمكنه أن ينفصل عن المجتمع وذلك لطبيعته الاجتماعية، فإنه يحتاج إلى أشياء لا يمكن أن يستغني عنها ، لكن هذه الأشياء جعلت لتحقق أكبر قدر من المصالح العامة للمسلمين ، وذلك لتغطية حاجاتهم الأساسية ، الضرورية منها والتحسينية ، فلم تدخل تحت الملكية الخاصة ، وإنما جعلت لجميع المسلمين تحت مظلة الملكية العامة أو الملكية الجماعية .

ومقاصد الملكية العامة أو الخاصة التي جعلت في الأشياء قد تتغير ، والأهداف الموضوعة في الأشياء لتحقيقها قد تتبدل ، وبتغيرها وتبدلها تتحول الملكية .

فالأشياء الموضوعة لمنافع للمسلمين والمملوكة ملكية عامة إذا تغير المقصد منها ، فان الملكية تتحول إلى ملكية خاصة وكذلك العكس ؛ لأن ملكية الشيء تدور مع مقصده ، فإذا كان المقصد جماعيا فهي مملوكة للعامة ، وإذا تغير المقصد تغيرت معه الملكية وتحولت للملكية الخاصة .

يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجى :

" لكن لو تغير وصف شيء من هذه الأشياء ، فخرج عن تخصيصه للمنافع العامة تغيرت المقاصد الشرعية المبتغاة منه ، ومن ثم يمكن أن يصبح مجالاً للملك الفردى ...." (١).

---

(١) المرجع نفسه ص ١٠٦ .

فتحول الملكية الخاصة إلى عامة وبالعكس ما هو إلا هدف ومقصد من مقاصد الشرعية ، جعل لاستقرار الحياة واستمرارها. فعليه نجد أن الملكية لها أكثر من تحول ، فإما أن تتحول الملكية من الخاصة إلى العامة ، وإما أن تتحول من العامة إلى الخاصة ، وهذا ما نتطرق إليه في المبحث القادم .

المبحث الرابع

تحول الملكية الخاصة إلى عامة والعكس

المطلب الأول

تحول الملكية الخاصة إلى ملكية عامة

الملكية الخاصة كما تم تعريفها :

" ما أثبته الشارع من حق للفرد في الاختصاص الحاجز بالشيء من حيث استعماله واستغلاله ، والتصرف فيه في نطاق القيود الشرعية التي قررها ".

وقد دل القرآن الكريم على مشروعية الملكية الخاصة ، وجاءت بعده السنة الشريفة تبين لنا أهمية الملكية الخاصة وكيفية احترامها ، وتقديرها ، وعدم التعدي عليها .

قال تعالى :

﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾ [١].

وقال الرسول ﷺ :

" فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام ، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا " [٢].

وقال :

" كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه "[٣].

---

(١) النساء : الآية ٢٩ .

(٢) سبق تخريجه ص ٤٠ .

(٣) سبق تخريجه ص ٤٠ .

ومقتضى الآية والحديث ومقاصد الشريعة الإسلامية التي جاءت لحفظ الكليات الخمس ، والتي منها المال ، تحريم أخذ وامتلاك أموال الغير بالباطل وبدون حق ، إلا إذا كان عن طيب نفس منه .

يقول الإمام الشافعي (رحمه الله) :

" لا يزول ملك المالك إلا أن يشاء ، ولا يملك رجل شيئاً إلا أن يشاء إلا في الميراث .... لم أعلم أحداً من المسلمين خالف في ألايخرج ملك المالك المسلم من يديه إلا بإخراجه إياه هو نفسه ببيع أو هبة أو غير ذلك ... وكل هذا فعله لا فعل غيره "[١].

ويقول ابن حزم (رحمه الله)[٢] :

" لا يحل لأحد مال مسلم ، ولا مال ذمي ، إلا بما أباح الله ﷻ على لسان رسوله ﷺ في القرآن أو السنة ، نقل ماله إلى غيره ، بالوجه الذي أوجب الله تعالى به ، وكذلك نقله إلى غيره كالهبات الجائزة والتجارة الجائزة أو القضاء الواجب بالديات والقصاص وغير ذلك مما هو منصوص "[٣].

كل هذه النصوص وغيرها تدل دلالة واضحة على أن المال له حرمته، فلا يجوز التعدي عليه وأخذه بغير حق أو بغير طيب نفس من صاحبه ، ومن تعدى على مال غيره فأخذه قهراً ، فإنه لا يخرج عن ملكه ، وإنما يبقى في ملك صاحبه الأول . ومن أخذ ملك الشخص بغير حق شرعي أو بغير رضاه يعد غاصباً للمال. فالشارع

---

(١) الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعي ٢٥١/٣ ط. دار المعرفة .

(٢) ابن حزم هو : علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، أبو محمد ، ت ٤٠٦هـ ، من علماء الأندلس ، كان فقيها وحافظاً ، له مؤلفات منها : المحلى ، والإحكام ، طوق الحمامة وغيرها . انظر: سير أعلام النبلاء ، للذهبي ١٨٤/١٨، ط. مؤسسة الرسالة ، والأعلام ٥٩/٥.

(٣) المحلى ٤٢٩/٦ ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، ط. دار التراث ، القاهرة .

حرم أخذ مال الغير ورتب عليه عقوبة يستحقها من يتعدى على ملك الغير.

إلا أن الناظر في مقاصد الشريعة الغراء يجد بعض الصور من الفقه الإسلامي تُنزع فيها ملكية الفرد ـ رضي أم لم يرض ـ وتتحول الملكية الخاصة إلى ملكية عامة [١].

وذلك يتحقق فيما إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة .

أي: أن المصلحة الخاصة تتطلب إبقاء المال لصاحبه، والمصلحة العامة تعارض ذلك ؛ لحاجة الجماعة لما في يد الفرد.

فإذا تعارضت مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ، أو المصلحة الخاصة والمصلحة العامة ، قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ؛ لأن الشريعة الإسلامية إنما تراعي مصلحة الجماعة أكثر من مراعاتها لمصلحة الفرد في حالة تعارضهما ؛ لأن الفائدة في المصلحة الخاصة تعود للفرد وحده ، أما الفائدة المرجوة من مراعاة الشريعة الإسلامية للمصلحة العامة ، فتعود على الناس جميعا ، فالضرر اللاحق بالفرد يتحمل ؛ لأنه أهون في مقابل رفع الضرر عن الجماعة .

---

(١) قد يسأل سائل : لماذا لم يتطرق الباحث الى تحول الملكية الخاصة إلى ملكية خاصة ؛ وذلك عن طريق من طرق المعاوضات المالية ـ من بيع وغيره ـ أو أحد أسباب كسب الملكية ؟

فنقول : إن تحول الملكية من شخص إلى شخص اخر ، يدخل في إطار نوع واحد، وهو الملكية الخاصة ولا يخرج عنها ، والتحول داخل إطار واحد وفرع واحد لا نعرض له في دراستنا ؛ لأن أحكامه تظل ثابتة لا تتغير ولا تتبدل.

فإذا باع شخص داره التي يملكها ملكا خاصا ؛ فإن الدار تبقى على صفة الملكية التي عليها وهي الملكية الخاصة .

ولأجل رفع الضرر عن الجماعة ، أجازت الشريعة الإسلامية تحول ملكية الشيء من الملكية الخاصة إلى الملكية الجماعية ، حتى لو لم يرض صاحب الملك في ذلك ، لذا جاءت القاعدة الفقهية التي تقول :

" يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام " [١].

والقاعدة الأخرى :

" النفع العام مقدم على الضرر الخاص " . وأمثال هاتين القاعدتين كثير [٢].

والضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام ؛ لأن الضرر الخاص دون الضرر العام ، فإذا تعارضا ، دفعنا الضرر العام بالخاص .

ولهذه النصوص وغيرها ولمقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على المجتمع، وللقواعد العامة ، والقواعد الفقهية ، نجد : أن تصرف الملاك المضر بالآخرين ، سواء كان مضراً بالأفراد أم الجماعات ، قد منعته الشريعة الإسلامية ، وهذا المنع إنما جاء لتحقيق التوازن في المجتمع والمصلحة وإيجاد الأمان ، والاستقرار فيه .

فالمنع جاء لكل ضرر سواء وقع الضرر بالفرد أم بالجماعة .

---

(١) يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي شارحا هذه القاعدة : ومعنى هذا أن نفع الجماعة مقدم على نفع الفرد، ولهذا شرعت العقوبات والحدود ، وإن آلمت بعض الناس ليأمن سائرهم على أنفسهم وأموالهم وأعراضهم ...." انظر : الملكية الفردية ص ٣٠٢ .

(٢) جاء في مجلة الأحكام ، مادة ٢٦ : يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام " قال الشارح : "فمنع الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري المفلس ، من مزاولة صناعتهم ضرر لهم إلا أنه خاص بهم ، ولكن لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولتهم صناعتهم ضرر عام كإهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب ... انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ٤٠/١.

فمن الضرر الواقع بالأفراد المعينين والذي منعته الشريعة :

أن يفعل الفرد في ملكه ما يضر الجار برائحته ، أو صوته ، أو حركته ، أو أن يفتح في بنائه نافذة يطلع منها على جاره ... وغيرها من التصرفات إذا قصد المالك الإضرار ، فإنه يمنع ويؤخذ على يده .

ومن الضرر الواقع بالجماعة [١]، والذي منعته الشريعة وحرمت التعامل به: الربا ، والاحتكار ، والرشوة ، والقمار ، والمتاجرة بالمحرمات .

فهذه الصور وغيرها حرمت لنهي الشارع عن الإضرار بالمجتمع أوبالأفراد عن طريق استعمال الملك .

نزع الملكية الخاصة :

ومن الصور التي يُتحمل فيها الضرر الخاص لمصلحة الجماعة: نزع الملكية الخاصة لرفع الضرر العام الواقع بالمسلمين ،

---

(١) يقول الشاطبي : " جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه على ضربين:
أحدهما : أن لا يلزم عنه إضرار الغير .
والثاني : أن يلزم عنه ذلك . والثاني ضربان :
أحدهما : أن يقصد الجالب أو الدافع ذلك الإضرار ، كالمرخص في سلعته قصدا لطلب معاشه ، ومحبة قصد الإضرار بالغير .
والثاني : ألا يقصد إضرارا بأحد وهو قسمان :
أحدهما : أن يكون الإضرار عاما ، كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، والامتناع من بيع داره او فدانه وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره .
والثاني : أن يكون خاصا ".
ثم يقول عن رفع الضرر العام :" فيمنع الجالب ، أو الدافع مما هم به ؛ لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للبادي ، واتفاق السلف على تضمين الصناع ، مع أن الأصل فيهم الأمانة ".
الموافقات ٢/٣٤٧ ـ ٣٥٠.

وهذه الصور هي التي يتحول فيها الشيء من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة .

فإذا تعارض الشيء المملوك ملكية خاصة ، لفرد من الأفراد ، مع ضرر حاصل، أو ضيق واقع ، أو حرج شديد لاحق بالمجتمع عامته ، فإن هذا الضرر يزال ، وإزالته تكون بتحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة عن طريق نزع الملكية الخاصة وتحويلها إلى ملكية عامة ، ينتفع بها جميع أو مجموع أفراد المجتمع .

معنى نزع الملكية :

لم أجد تعريفاً خاصاً بمصطلح نزع الملكية إلا أننا يمكننا تعريفه بأنه :

" أخذ ما مُلِك ملكية خاصة ؛ لرفع ضرر، أو لسد حاجة ، أو لتحقيق نفع عام للمجتمع ، بشرط التعويض العادل " .

فإذا كانت ملكية الفرد الخاصة به ، وجودها تحت يده وفي تصرفه سبب من أسباب الضرر الذي يلحق بالمجتمع ، أو يمنع أمرا أو نفعاً يحتاجه المجتمع ، فإن الشريعة قد أجازت لولي الأمر ، أن يأخذ الشيء المملوك ملكية خاصة ، عن طريق البيع عند رضاه ، أو عن طريق نزع الملكية الخاصة منه ، وتعويضه بالمال ، وكل ذلك يرجع لمصلحة المجتمع .

وقد جاء في مادة ١٢١٦ من المجلة ما يلي :

" لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ، ويلحق بالطريق ، ولكن لا يؤخذ من يده ما لم يُؤدَّ له الثمن " (١).

---

(١) انظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، مادة ١٢١٦ ، ٢٣٣/٣ .

وبنزع الملكية الخاصة تتحول الملكية إلى العامة ، وذلك لدخولها تحت ملكية الدولة ، وبالتحول يكون الشيء مملوكاً ملكاً عاماً ينتفع به جميع أفراد المجتمع .

صور من نزع الملكية الخاصة :

نجد فقهاء الإسلام عندما قرروا مبدأ نزع الملكية الخاصة ، مثلوا لها بأمثلة كثيرة ، إلا أن هذه الصور بعضها لا يؤدى إلى تحول الملكية الخاصة للملكية العامة، وأكثر ما يمثل الفقهاء ببيع الطعام المحتكر جبراً عن صاحبه عند الحاجة إليه.

جاء في الاختيار لتعليل المختار :

" وإذا رفع إلى القاضي حال المحتكر ، يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وقوت عياله ، فإن امتنع باع عليه ؛ لأنه في مقدار قوته وعياله غير محتكر ... " [١].

ومن أقوال الفقهاء في جواز بيع الشيء المحتكر والمملوك ملكية خاصة لتحقيق المصلحة العامة [٢]:

يقول الإمام النووي[٣] (رحمه الله) :

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود الموصلي ط. مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٥١م ١١٥/٣ .

(٢) وجاء في الفتاوى الهندية : " قال محمد (رحمه الله تعالى) : " للإمام أن يجبر المحتكر على البيع إذا خاف الهلاك على أهل المصر " ٢١٤/٣ جمع مجموعة من العلماء ، ط. دار إحياء التراث.
وانظر كذلك : شرح محمد بن عبد الله الخرشي على مختصر خليل ١٠/٥ ط. دار الكتب العلمية . وحاشيتا قليوبي وعميرة مع شرح المحلى على المنهاج ١٩٦/٢، ط. دار إحياء الكتب العربية ، وكشاف القناع ١٨٨/٣.

(٣) الإمام النووي : هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي النووي ، الشافعي ، أبو زكريا، [ولد: ٦٣١ وت : ٦٧٦هـ] له مؤلفات كثيرة منها : منهاج الطالبين ، وشرح صحيح مسلم ، والأذكار، وتهذيب الأسماء واللغات، وغيرها . انظر: طبقات الشافعية الكبرى ، للسبكي ٣٩٥/٨، والأعلام ١٤٩/٨.

" الحكمة في تحريم الاحتكار : دفع الضــرر عن عامـة النـاس، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند إنسان طعام ، واضطـر النـاس إليه ولم يجدوا غيره ، أجبر على بيعه دفعاً للضرر "[١].

وصورة بيع الشيء المحتكر إنما هو تحول الملكية الخاصة إلـى ملكية خاصة أخرى . والفـرق بينهـا وبيـن غيرهـا مـن أسـباب تحـول الملكية ـ كالبيع والمعاوضات المالية ـ أن بيع طعام المحتكر فيه نوع من الإجبار ، وفيه نزع للملكية وإن لم يرض صاحبه ، وذلك لتحقيـق منفعة عامة .

من صور الملكية الخاصة إلى ملكية عامة :

١ ـ استملاك الأراضـي المجـاورة للمسـجد جبراً عـن صاحبهـا إذا ضاق المسجد بالناس .

٢ ـ نزع الملكية لتوسعة طريق أو مجـرى نهر أو إنشـاء جـدول أو مصرف أو إنشاء مستشفى .

فالمسجد المملوك ملكيـة عامـة ، بحيـث يسـتفيد منـه كـل أفـراد المجتمع المسلمين إذا ضاق بهم ، وحصل ضرر بالمصلين ، واحتـاج الناس إلى توسعة المسجد عـن طريـق أخـذ الأراضـي المجـاورة لـه ، أمر الحاكم صاحب الأرض ببيع الأرض ، فإن أبى وأصر على عدم البيع ، أجبره الحاكم على البيع ، وبـالبيع تتحـول الملكيـة مـن الملكيـة الخاصة إلى الملكية العامة ، وذلك دفعا للضرر الواقع بالمصلين .

فقد جاء في تبيين الحقائق :

" إذا ضـاق المسـجد علـى النـاس وبجنبـه أرض لرجـل ، تؤخـذ أرضه ، بالقيمـة كُرهـا، لمـا روي عـن الصحابـة ﷺ أنهـم لمـا ضـاق

---

(١) شرح صحيح مسلم ٤٣/١١ ط. دار إحياء التراث العربي ١٣٩٢هـ .

المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام " (١).

وهكذا الحكم عند المالكية حيث جاء في شرح الخرشي ما يلي :

" إذا ضاق المسجد بأهله واحتاج إلى توسعة ، وبجانبه عقار حبس أو ملك فإنه يجوز بيع الحبس لأجل توسعة المسجد ، وإن أبى صاحب الحبس أو صاحب الملك عن بيع ذلك فالمشهور أنهم يجبرون على بيع ذلك ...." (٢).

ويقول ابن تيمية :

" أن يبني في الطريق الواسع ما لا يضر المارة لمصلحة المسلمين ، مثل بناء مسجد يحتاج إليه الناس أو توسيع مسجد ضيق بإدخال بعض الطريق الواسع فيه ، أو أخذ بعض الطريق ، لمصلحة المسجد مثل حانوت ينتفع به المسجد ، فهذا النوع يجوز في المذهب"(٣).

وقد جاء في شرح مادة (١٢١٦) من مجلة الأحكام العدلية :

" يتملك ملك أي أحد بقيمته الحقيقية للمنافع العمومية ، كالطريق والمسجد ، ومسيل الماء ، ولو لم يرض صاحبه ببيعه ، فلذلك يؤخذ لدى الحاجة - أي : إذا كان الطريق ضيقا ومست الحاجة إلى توسيعه

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، عثمان بن علي الزيلعي ٣٣١/٣ ، ط. دار الكتاب الإسلامي والبحر الرائق : ٢٧٥/٥ لزين الدين إبراهيم بن محمد [ابن نجيم] ط. دار الكتب العلمية .
وجاء في الفتاوى الهندية بما يوافقه ٤٥٦/٢ :
" ولو ضاق المسجد على الناس وبجنبه ارض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها ، كذا في فتاوى قاضي خان .."
(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٣٩٣/٧.
(٣) مجموع الفتاوى ٤٠٢/٣.

ـ ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ولو لم يرض صاحبه ويلحق بالطريق ... وكذلك يؤخذ محل مرور المياه بقيمته "[١].

فنصوص الفقهاء تدل على جواز نزع ملكية الفرد أو الملكية الخاصة ، لتحقيق مصلحة عامة ، أو لسد ضرر عام ، أو لرفع حرج واقع بالمسلمين وتحويلها إلى ملكية عامة.

فالاستملاك أو ما يسمى بالبيع الجبري قد شرع في الإسلام لتحقيق المقاصد التي جاءت لحفظ المجتمع واستقراره .

ومن الفقهاء المعاصرين من نص على ذلك :

فنجد الشيخ الأستاذ محمدا أبا زهرة يقول :

" قد ينتزع الملك من صاحبه بغير رضاه في سبيل النفع العام ، أو لدفع الأذى عن غيره ، بحيث تكون المنفعة التي ينالها المالك من بقاء العين في ملكه أقل من الضرر الذي ينال غيره بهذا البقاء " [٢].

ويقول الأستاذ على الخفيف :

" حق الملكية إذا تعارض مع مصلحة عامة قدمت عليه المصلحة العامة ، ومن ثم لا يقف حق الملكية في تحقيق مصلحة عامة "[٣].

ويقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي :

" لا ينازع أحد من فقهاء المسلمين في أنه إذا اقتضت ضرورة مصلحة عامة نزع ملكية خاصة (لا تتأدى هذه المصلحة العامة إلا بنزعها) كان لولي الأمر أن يفعل ذلك .... " [٤].

---

(١) درر الحكام ٣/٢٣٣ .

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ١٤٨ .

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية ص ٨٦ .

(٤) الملكية الفردية ص ٣٠٢ .

أدلة جواز نزع الملكية الخاصة وتحويلها إلى ملكية عامة :

وبعد استعراض أقوال الفقهاء ــ القدماء والمعاصرين ــ نأتي إلى أدلة جواز نزع الملكية وتحويلها إلى ملكية عامة . وقد استدلوا لذلك بأفعال الصحابة ، والقياس ، والمعقول، واستأنسوا في بعض الأحاديث النبوية وبالقواعد الفقهية :

أ ـ فمن فعل الصحابة : ما فعل عمر بن الخطاب ﷺ من شراء أراضي المسلمين التي حول الكعبة وضمها للمسجد ، وجبر بعض المسلمين الممتنعين لبيع بيوتهم ؛ وذلك رفعاً للضرر الواقع من ضيق المسجد الحرام بالمسلمين .

١ ـ قال الماوردي [١] :

" إن عمر بن الخطاب ﷺ لما اعتمر في رجب سنة ١٧ هجرية، رأى المسجد الحرام وكان فناء حول الكعبة للطائفين ، ولم يكن على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر الصديق ﷺ جدار يحيط به ، فلما استخلف عمر ﷺ وكثر الناس ، وسع المسجد واشترى دوراً وزادها فيه ، وهدم على قوم من جيران المسجد أبوا أن يبيعوا، ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد ذلك ، واتخذ للمسجد جداراً قصيراً دون القامة ، وكانت المصابيح توضع عليه..."[٢].

---

(١) الماوردي : هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، أبو الحسن ، أقضى القضاة ، كان فقيهاً أصولياً ، مفسراً ، أديباً ، حافظاً للمذهب الشافعي ، ت ٤٥٠هـ ، له مؤلفات منها : الحاوي الكبير، والأحكام السلطانية ، وأدب الدنيا والدين . انظر : سير أعلام النبلاء للذهبي ٦٤/١٨، ومعجم المؤلفين رضا كحالة ١٨٩/٧ ، ط. دار إحياء التراث العربي ببيروت .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ط. دار الكتب العلمية ، وانظر كذلك : روضة الطالبين للنووي ٨١/٣ ط . المكتب الإسلامي ، والبداية والنهاية لابن كثير ٣٠٤/٢ ط. مكتبة المعارف.

جاء في معجم البلدان أن :

" جدار المسجد الحرام الذي بمكة كان أول من بناه عمر بن الخطاب ﷺ ، ولم يكن له في زمن النبي ﷺ وأبي بكر جدار يحيط به، وذلك أن الناس ضيقوا على الكعبة وألصقوا دورهم بها ، فقال عمر ﷺ :

" إن الكعبة بيت الله ، ولابد للبيت من فناء ، وإنكم دخلتم عليها ولم تدخل عليكم ".

فاشترى تلك الدور وهدمها وزادها فيه ، وهدم على قوم من جيران المسجد أبوا أن يبيعوا ، ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد...." (١).

هذا ما فعله عمر بن الخطاب ﷺ ، وكذلك عثمان بن عفان ﷺ في خلافه عندما رأى المسجد قد ضاق بأهله فعل كفعل عمر .

فقد جاء في الأحكام السلطانية :

" لما استخلف عثمان ﷺ ابتاع منازل فوسع بها المسجد ، وأخذ منازل أقوام ووضع لهم أثمانها ، فضجوا منه عند البيت فقال :

" إنما جرأكم عليَّ حلمي عنكم ، فقد فعل بكم عمر ﷺ هذا فأقررتم ورضيتم ".

ثم أمر بهم إلى الحبس ، حتى كلمه فيهم عبد الله بن خالد بن أسد ، فخلى سبيلهم " (٢).

ففعلُ عمر بن الخطاب ﷺ وفعل عثمان بن عفان بعده دليل واضح على جواز نزع الملكية الخاصة وتحويلها إلى ملكية عامة ، ثم جاء بعده إقرار الصحابة على فعل عمر وفعل عثمان ﷺ ،ولم يأت مخالف ينكر على الصحابة فعلهم .

---

(١) معجم البلدان ، ياقوت بن عبد الله الحموي ١٢٤/٥ ط. دار الفكر ، بيروت .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٦ .

ب ـ ومن الأدلة التي يمكن الاستدلال بها القياس :

يمكننا قياس مسألة جواز تحول الملكية العامة عن طريق نزع الملكية الخاصة بالوقف ، فإذا كانت بجانب المسجد أرض وقف على المسلمين عامتهم أو على فرد خاص ، وضاق المسجد بأهله فإن الفقهاء يقولون بجواز أخذ أرض الوقف وضمها للمسجد ، فإذا جاز أخذ الأرض الموقوفة ، جاز أخذ الأرض الغير موقوفة وذلك دفعا للضرر .

يقول الزيلعي (١):

" ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ... لأن المسجد لله والوقف كذلك "(٢).

فلما جاز الأخذ من أرض الوقف التي هي ملك عام للمسلمين ، جاز من باب أولى الأخذ من الأرض المملوكة ملكاً خاصا .

جـ ـ ومن المعقول الذي يمكننا الاستدلال به :

أن أخذ الأرض وبيعها ، لتوسعة المسجد ، الظاهر من الصورة وجود الإكراه الذي نهى الشارع عنه بقوله :

﴿ يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾ (٣).

ولكن هذا الإكراه ، إنما جاء به الشرع وأمر به ، فليس هو بالإكراه الشرعي الذي إذا وجد لم يترتب على التصرفات أي أثر ، وإنما وجدت صورة الإكراه دون الحكم وذلك لدفع ضرر عام .

---

(١) الزيلعي : هو عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي ، فقيه حنفي ت ٧٦٢ هـ له مؤلفات منها: تبيين الحقائق ، وشرح الكبير وغيرهما . انظر : البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، للزركشي ٤٠٢/١ ، والأعلام ٢٩١/٤.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٣٣١/٣.

(٣) النساء : الآية ٢٩ .

جاء في البهجة :

" أن ما أكره على بيعه لحق شرعي ليس بإكراه ، كقضاء دين أو لتوسيع مسجد ونحوها من النظائر "(١).

فإذا قلنا: إن الإكراه له حكمه وآثاره الشرعية ، لم يجز لأحد أخذ الأرض وبيعها ؛ لأن الإكراه يبطل التصرفات والعقود ، فلهذا في نزع الملكية يكون للإكراه صورته دون حكمه للمصلحة العامة.

د ـ ومن الأدلة التي يستأنس بها :

حديث الرسول ﷺ : " مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة ، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها ، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم ، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا ، ولم نؤذ من فوقنا ، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً "(٢).

فالإسلام جاء للمحافظة على المجتمع ومنع الضرر الذي يلحق به ، عن طريق تقييد إطلاق حرية الفرد في التصرف فيما يملك إذا كان يضر بالآخرين . فأخذ على يد الفرد ومنعه من أمور تضر بالمجتمع ، ونزع منه أشياء لتحقيق مصلحة يحتاجها الناس ، ومنها صور أخذ الأرض المجاورة للمسجد وتحويلها إلى الملكية العامة ، دفعاً للضرر .

---

(١) البهجة شرح التحفة ٧٦/٥ لعلي بن عبد السلام التسولي ، ط. مصطفى الحلبي ١٣٧٠هـ/ ١٩٥١م .

(٢) رواه البخاري : في صحيحه ، كتاب : الشركة ، باب : هل يقرع في القسمة والاستهام فيه برقم : (٢٣٦١) ، ٨٨٢/٢.

هـ ـ ومما يستأنس به: القواعد الفقهية التي تدل على منع الضرر بالمجتمع :

أ ـ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام [١].

ب ـ دفع الضرر العام واجب ولو بإثبات الضرر الخاص [٢].

جـ ـ الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف [٣].

د ـ إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما[٤].

هـ ـ جاء في شرح المنهج المنتخب :

" إذا اجتمع ضرران أسقط الأكبر الأصغر ، ومن ثم يجبر المحتكر على البيع، وجار المسجد إذا ضاق ، وجار الطريق والساقية إذا أفسدهما السيل"[٥].

فالقواعد المذكورة ترشد إلى منع الضرر العام والخاص ، وإذا تعارض العام مع الخاص ، قدم رفع الضرر العام على غيره ؛ وذلك لأن الضرر الواقع على عامة الشعب أكبر وأشد من غيره ، فالمسجد الذي ضاق بأهله والطريق العام الذي لا يتسع للمارة فيه ضرر وحرج ، وعليه جاز لولي الأمر أخذ الأراضي التي بجانب الطرق أو المسجد أو المرافق العامة التي يحتاجها المجتمع والتي بدونها قد يوجد حرج شديد على الناس ، فجاز للشارع تحويل ملكية الأراضي

---

(١) انظر مادة : ٢٦ من مجلة الأحكام .

(٢) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، تصنيف د. علي أحمد الندوي ٣٤٣/٣ .

(٣) انظر : درر الحكام مادة ٢٧ من مجلة الأحكام ٤١/١ .

(٤) انظر : درر الحكام مادة ٢٨ من مجلة الأحكام ٤١/١.

(٥) شرح المنهج المنتخب من قواعد المذهب لأحمد بن علي بن عبد الرحمن المنجور، ص ١٥٨ ب ، وهو مخطوط في دار الكتب رقم ٢٠٤٩٣ ب ، نقلا عن كتاب الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها دراسة مقارنة ، د. عبد السلام العبادي ٢١٢/٢ .

الخاصة إلى ملكية عامة، وذلك للتوسيع على الناس في صلاتهم وممشاهم وقضاء حوائجهم .

ـ أهم شروط تحويل الملكية من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة:

لما جاز تحويل الملكية إلى العامة ، عن طريق نزع الملكية الخاصة ، أو البيع الجبري ، جعل له الفقهاء شروطا وضوابط ومعايير تقيده ؛ وذلك لأن رفع الضرر الحاصل أو تحقيق الحاجة المطلوبة إنما يكون بضرر آخر يلحق الفرد ، فعليه لابد من وضع قيود وشروط وضوابط لذلك/ والتي منها :

١ ـ أن يكون نزع الملكية للمصلحة العامة ، ولرفع ضرر واقع بالناس : أي: إن جواز نزع الملكية يتوقف على حصول ضرر بين المسلمين ، عند استخدامهم المرافق العامة أو مشيهم في الطرقات أو صلاتهم في المساجد ، فتدافعُ الناس وتزاحم المصلين ومضايقة البشر ضرر يجب رفعه ، والسير في طريق واسع والصلاة في مسجد يسع المصلين حاجة يجب توفيرها للمجتمع ، فبوجود الضرر وجب رفعه، ولرفعه لابد من نزع الملكية الخاصة .

وقد جاء في الشرح الكبير :

" البيع الجبري إنما أبيح للضرورة " (١).

ولولا هذا الشرط ، وضبطه برفع الضرر للمصلحة العامة ، لتعدى من تعدى ، وأخذ من أخذ ، دون الالتفات لأحد ، حتى تصبح مسألة هوى في النفس ، يقول د. محمد فاروق النبهان :

" تنزع الملكية الفردية في بعض الأحيان استجابة لمصلحة عامة تستدعيها حاجة ملحة ، وقد أجاز الفقهاء لولي الأمر أن ينزع

---

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير ٣/٣٦٥ ، ط. دار الفكر ، بيروت .

هذه الملكية للضرورة ، ولكن يشترط لجواز هذا ألا تكون هذه الحاجة مجرد رغبة من حاكم للسيطرة أو للإضرار بالأفراد"[١].

٢ ـ أن يتولى نزع الملكية ولي الأمر أو نائبه ، أو يكون ذلك بإذن الإمام : واشتراط الفقهاء مثل هذا الشرط إنما جاء لفض النزاع ولرفع الحرج ، والإمام لم يوضع إلا لمثل هذه الأمور ، فبعض الأحكام وبعض الحوادث لايجوز لأحد التصرف فيها غير الإمام ،أو بدون إذنه ، وذلك كالفيء ، وإعلان الحرب والإقطاع ، والإذن في إحياء الموات ، ومنها نزع الملكية ، أوالاستملاك ، أو البيع الجبري ، فلابد فيه من تولي الإمام ذلك أو من ينوب عنه أو إذنه بذلك ، فالإمام عندما ينظر في مسألة ما ، إنما ينظر إليها بعين تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، فيأخذ الأمور كلها ويضعها في مكانها ويتحرى فيها العدل قدر ما استطاع إلى ذلك سبيلا .

ومن القواعد الفقهية التي تنص على ذلك :

" أن ما كان الحق فيه لعامة المسلمين فالتدبير فيه إلى الإمام"[٢].

فلما كانت تصرفات الإمام على الرعية كلها منوطة بالمصلحة جاز للإمام نزع الملكية وتحويلها إلى ملكية عامة ، لتحقيق المصلحة ولرفع الحرج وسد الحاجة.

وجاء في شرح مجلة الأحكام عند شرح قاعدة : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة " ما يلي :

---

(١) الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، د. محمد فاروق النبهان ، ص ٢١٨ ، ط. موسسة الرسالة .

(٢) انظر : القاعدة وتطبيقاتها ، المبسوط لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ١١/٢٣ ط. دار المعرفة .

" هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة " تصرف القاضي فيما لـه فعله من أموال الناس والأوقات مقيد بالمصلحة " إن تصرُّفَ الراعي في أمور شرعية يجب أن يكون مبنياً على المصلحة ، وما لم يكن كذلك لا يكون صحيحاً ، والرعية هنا : عموم الناس الذين هم تحت ولايته"[١].

فلما جاز نزع الملكية الخاصة نص الفقهاء على أن يكون ذلك بأمر الحاكم وبعد نظره في ذلك ؛ لأن الحاكم لـه سلطة قوية تفرض على الفرد المالك للأرض ملكاً خاصا طاعته ، وهذا ما حدث في عهد عمر وعثمان ﷺ حيث أمر بالبيع الجبري ، وتنفيذ الأحكام .

وجاء في مادة ١٢١٦ من المجلة : " يؤخذ لدى الحاجة ملك أي أحد بقيمته بأمر السلطان ويلحق بالطريق " [٢].

٣ ـ أن يكون نزع الملكية مقابل تعويض فوري عادل .

بعد تحقق وجود الحاجة ووقوع الضرر ، وصدور إذن الإمام في نزع الملكية وتحويلها إلى عامة ، لابد أن يقوم ولي الأمر أو أهل الخبرة في ذلك بتقدير قيمة الأرض المملوكة ملكاً خاصاً ، وتعويض المالك مقابل نزعها منه .

يقول ابن رجب[٣] عن سبب التعويض:

" لأن التسليط على انتزاع الأموال قهراً إن لم يقترن به دفع التعويض حصل به ضرر وفساد ، وأصل الانتزاع القهري إنما شُرِع

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٧/١.

(٢) المرجع نفسه ٢٣٣/٣ .

(٣) ابن رجب: عبد الرحمن بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي ، حافظ للحديث، ت ٧٩٥هـ ، له مؤلفات كثيرة منها : جامع العلوم والحكم ، والقواعد الفقهية، وغيرهما انظر: شذرات الذهب ٣٣٦/٦ ، والأعلام ٢٩٥/٣ .

لدفع الضرر، والضرر لايزال بالضرر " [١].

وجاء في حاشية الجمل على المنهج :

" لا يحل تملك مال المسلم والذمي بغير بدل قهراً "[٢].

ويقول أستاذنا أ.د. محمد بلتاجي في هذا الصدد :

" كان لولي الأمر أن يفعل ذلك ـ أي نزع الملكية ـ بشرط أن يعوض مالكها تعويضاً عادلاً عن ملكيته المنزوعة . وعلى ولي الأمر أن يستطيب نفس المالك ويستأذنه في ذلك مبيناً له ضرورة هذه المصلحة العامة التي لا تؤدَّى إلا بنزع ملكيته . فإن أبى المالك، ولم يأذن بالرغم من ذلك ، كان لولي الأمر نزعها جبراً عن صاحبها مع تعويضه التعويض العادل " [٣].

وفي الحقيقة هذا ما فعله عمر بن الخطاب ﷺ عندما أراد أن يهدم البيوت التي حول الكعبة ، فبعضهم رضي بذلك وبعضهم أبى وامتنع ، فأمر عمر ﷺ بالهدم رغم ذلك كله ، ووضع أثمان الدار في خزانة الكعبة حتى أخذوها بعد .

هذه أهم الشروط التي تجيز تحول الملكية الخاصة إلى ملكية عامة ، وإذا فقد شرط منها لم يصح نزع الملكية . والله أعلم .

ـ نزع الملكية الخاصة وتحويلها إلى ملكية عامة من الناحية القانونية :

أحببت هنا أن أذكر القانون المدنى الخاص بنزع الملكية ؛ وذلك لموافقته أحكام الشريعة الإسلامية ، حيث نظمت القوانين الوضعية

---

(١) القواعد لابن رجب ص ٧٣ ط. دار الكتب العلمية .
(٢) حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج ٢/٢٦٣ ط. دار الفكر .
(٣) الملكية الفردية ص ٣٠٢ .

أحكام تحول الملكية من خاصة إلى عامة عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة .

القانون المدني المصري [١]:

أول قانون مدني خاص بنزع الملكية صدر سنة ١٨٩٦م ، ثم تطور هذا القانون وأجري عليه بعض التعديلات سنة ١٩٠٦، وبعدها نص دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١م في المادة ٣٤منه على ما يلي :

" الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون أو بحكم قضائي ، ولا تتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض "[٢].

ثم يقول :

" وقد اشتمل مشروع القانون المرافق على المبادىء التي تحقق الأهداف، مع توفير الضمانات الكافية لحماية حق الملكية ، وكافة حقوق ذي الشأن ، وتعويضهم عنها تعويضاً عادلاً "[٣].

وهكذا نص القانون المدني الكويتي رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٤ في مادته الأولى من قانون نزع الملكية والاستيلاء حيث يقول :

" نزع ملكية العقارات أو الأراضي والاستيلاء عليها مؤقتا لا يكون إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل ووفقاً لأحكام هذا القانون "[٤].

---

(١) الملكية العقارية في مصر وتطورها التاريخي ، د. محمد كامل مرسى ص ٢١٦، ط. نورى بمصر ١٩٣٦م .

(٢) انظر الوسيط في شرح القانون المدنى للسنهوري ٨/٦٣٠.

(٣) المرجع نفسه .

(٤) الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، د. غني حسونه طه، ص ٧٠. ط. جامعة الكويت .

وقد وضع ضمانات تؤمن حصانة الملكية الخاصة ضد اعتداء السلطات العامة عليها ، وهذه الضمانات هي [١]:

١ ـ عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا للمنفعة العامة ، وفي الأحوال التي يقررها القانون .

٢ ـ وجوب اتباع الإجراءات التي قررها قانون نزع الملكية .

٣ ـ وجوب تعويض المالك تعويضاً عادلاً ، فالمصادرة المجانية غير جائزة .

وكذلك تنص المادة ١١ من الدستور الأردني على ما يلي[٢] :

" لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة ، وفي مقابل تعويض عادل ، حسبما يعين في القانون ".

وتنص المادة ١٢ على أنه :

" لا تفرض قروض جبرية ولا تصادر أموال منقولة أو غير منقولة إلا بمقتضى القانون ".

وهكذا نلاحظ موافقة مواد القانون المصري والكويتي والأردني للشريعة الإسلامية، ولما قاله الفقهاء من جواز تحول الملكية الخاصة إلى عامة ، عن طريق نزع الملكية بشروطها المذكورة آنفاً ، مع زيادة التقنين وضبط المسألة .

---

(١) المرجع نفسه وقد أخذت من القانون المصري ، انظر: الوسيط شرح القانون المدني للسنهوري ٨/٦٣٠ ـ ٦٣٢.

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية ، د. عبد السلام العبادي ٢/٢١٣.

المطلب الثاني

تحول الملكية العامة إلى خاصة

قد ذكرنا فيما سبق أن الملكية العامة هي كل ما دخل في ملك الناس بصفة العموم ، وقد مثلنا لها بالطرق ، والبحار ، والمساجد ، والمرافق ، والأراضي الموات ، وذكرنا أن للملكية أقساماً فمن أحد أقسامها الأملاك التابعة للدولة ، والمخصصة لمنفعة الناس عامة من أفراد الدولة .

وأن هذه الأشياء تدخل تحت يد الدولة إلا أنها عامة للناس جميعاً وذلك كالأراضي الموات [1]. ففي بداية الأمر كانت الأرض الموات لا تدخل تحت ملك أحد لا الدولة ولا الأفراد ، وإنما تكسب صفة الإباحة ، فمن أخذها ووضع يده عليها عن طريق إحيائها صارت له ، وتتحول صفة الأرض من الإباحة إلى الملكية الخاصة .

ومع ظهور الدولة وترسيم حدودها وإعطاء السيادة لها فإن الأراضي في العصر الحالي إنما تدخل تحت ملك الدولة ، تملكها بصفة الملكية العامة ، وأصبح بعد ذلك كل ما هو غير مملوك ملكية خاصة ، يدخل تحت الملكية العامة للدولة .

---

(١) يقول الإمام الشافعي (رحمه الله تعالى) : " بلاد المسلمين شيئان : عامر وموات. فالعامر لأهله وكل ما صلح به العامر من طريق وفناء ومسيل ماء وغيره فهو كالعامر .
والموات شيئان :
١ ـ موات ما قد كان عامرا لأهله معروفا في الإسلام .
٢ ـ والموات الثاني ما لا يملكه أحد في الإسلام يُعرف ، ولا عمارة ملك في الجاهلية إذا لم يملك فذلك الموات الذي قال رسول الله ﷺ " من أحيا مواتا فهو له " انظر : كتاب الأم للإمام الشافعي ٨/٢٣٠ .

فالأراضي الموات مملوكة للدولة ملكية عامة، فإذا أذنت لأحد أفرادها بإحيائها فإن الملكية تتحول من العامة إلى الخاصة[١] . وقد اقتصرتُ على (إحياء الموات) كمثال على تحويل الملكية العامة إلى خاصة ، لأنها صورة واضحة ومهمة وكثيرة الحدوث ، وعليه يقاس الباقي مما هو مملوك ملكاً عاماً في تحويله إلى ملك خاص.

إحياء الموات :

تعريف إحياء الموات :

إحياء الموات مصطلح مركب من كلمتين : الأولى إحياء، والثانية الموات ، وعندما نبحث في كتب الفقهاء نجد بعضهم يعرفها كمصطلح مركب واحد ، وبعض الفقهاء يفصل بينهما ويعرف كل كلمة على حدة ، ثم يعرف اللفظ المركب .

تعريف إحياء الموات عند الحنفية :

جاء في درر الحكام تعريف الموات بقوله :

" الموات هي أرض لم تملك في الإسلام ، أو ملكت فيه ولم يعرف مالكها ، وتعذر زرعها بانقطاع الماء عنها ، وبعدت عن العامر "[٢].

ثم عرف إحياء الموات بزيادة " مَلَكَها محييها بإذن الإمام "[٣].

---

(١) ومن الصور التي تتحول فيها الملكية من العامة إلى الخاصة : إقطاع الأرض ، والعقود الناقلة للملك ، وغيرها .

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣٠٧/١ لمنلا خسرو ، ط. دار إحياء الكتب العربية . وانظر كذلك : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٥٥٧/٢ لعبد الرحمن بن محمد زاده (الداماد) ، ط. دار إحياء التراث العربي .

(٣) درر الحكام ٣٠٧/١ .

وجاء في رد المحتار تعريف إحياء الموات :

" إذا أحيا مسلم أو ذمي أرضا غير منتفع بها، وليست بمملوكة لمسلم ولا ذمي وهي بعيدة عن القرية ... ملكها عند أبي يوسف[١]"[٢].

فعند الحنفية : الأرض الموات هي التي لا مالك لها ، وقد بعدت عن العمران فمن أحياها عن طريق زراعتها فهي ملك له ، وتدخل تحت ملكه الخاص .

تعريف إحياء الموات عند المالكية :

الموات هي : " الأرض التي ليست لها مالك ، ولا بها ماء ، ولا عمارة ، ولا ينتفع بها " [٣].

وقيل: " موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست "[٤].

أما إحياؤه : فقد جاء في حدود ابن عرفة أن إحياء الموات هو:

" لقب لتعمير الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها"[٥].

تعريف إحياء الموات عند الشافعية :

جاء في الأحكام السلطانية تعريف الموات بقوله :

---

(١) أبو يوسف : هو الإمام يعقوب بن إبراهيم ، كان عالما محدثا قاضيا صاحب أبا حنيفة سبع عشرة سنة ، ت ١٨٢هـ ، انظر : سير أعلام النبلاء ٨/٥٣٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦/١٠.

(٣) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٦/٢ محمد بن محمد المغربي [الحطاب] . ط. دار الفكر ١٩٩٢م .

(٤) المرجع نفسه .

(٥) شرح حدود ابن عرفه للرصاع ص ٤٠٨ .

" الموات عند الشافعي : كل ما لم يكن عامراً ولا حريما لعامر فهو موات"[١].

أما إحياؤها : " فهو عمارة الأرض التي لم تعمر "[٢].

أما تعريف إحياء الموات عند الحنابلة :

فالموات عندهم : " هي الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم مسلم أو كافر " [٣].

وقيل : " الأرض الداثرة التي لا يعلم أنها ملكت " [٤].

وإحياء الموات هو : إجراء الماء في الأرض، أو حرثها، أو زرعها، أو غيره من طرق الإحياء [٥].

ومن خلال تعريف الفقهاء لإحياء الموات يمكننا حصر التعاريف في النقاط التالية :

١ ـ أن الأراضي الميتة هي التي تخلو من المالك ، فلا مالك لها أصلاً ، والمراد بالمالك هو الذي يملك الأرض ملكية خاصة .

٢ ـ أن الأراضي الميتة هي الخارجة عن البلدة ، بحيث تكون بعيدة عنها .

٣ ـ أن الأراضي الميتة هي أراض غير عامرة ، فلا زرع فيها ولا بنر ولا نبات .

٤ ـ أن ملكية الأرض الميتة تكون بإحيائها وتعميرها .

---

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٢٣، للماوردي . ط. دار الكتب العلمية .

(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج للمحلى ٨٩/٣.

(٣) مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ١٧٨/٤ ، لمصطفى الرحيباني ، ط. المكتب الإسلامي .

(٤) الإنصاف ، لعلي بن سليمان المرداوي ٣٥٤/٦ ، ط. مطبعة السنة المحمدية ١٩٥٦م .

(٥) كشاف القناع ١٩١/٤.

هذه بعض النقاط التي يمكن لنا إجمالها مع وجود خلاف في اشتراط بعضها وعدمه .

إلا أن هذه التعاريف وهذه العناصر المستخلصة عن الأئمة كانت مبنية على العرف القائم في زمانهم ، وذلك أن الأرض البعيدة والميتة هي من الأشياء المباحة التي لا مالك لها من البشر .

وهذه العناصر تختلف بعض الشيء في العصر الحالي ، وذلك كما قلنا إن الأراضي في العصور الحالية تدخل تحت ملك الدولة تملكها بصفة الملكية العامة، فالأراضي ـ سوى المملوكة ملكية خاصة ـ هي مملوكة ملكية عامة . سواء الأرض الميتة أم الأراضي العامرة بالمرافق العامة .

ولهذا اشترط بعضهم إذن الإمام في إحياء الموات ، ولدخوله في ملكه ، وذلك لأن الموات من الأرض مملوك ملكية عامة لكل الأفراد ، ولتحول الملكية من العامة إلى الخاصة لابد من الإذن والتعمير ، فعليه تتحول الملكية من العامة إلى الخاصة .

فمن خلال بحثنا عن تحول الملكية يمكننا تعريف إحياء الموات بأنه :

" تحول ملكية الأرض الميتة ـ من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة ـ عن طريق موافقة الدولة واستصلاح الأرض بالزراعة أو البناء أوشق الطرق وغيرها ".

ـ دليل مشروعية إحياء الموات :

نجد أن مشروعية إحياء الأرض الموات قد ثبتت بالأحاديث الصحيحة المروية أغلبها بالصحيحين وغيرهما . وكذلك ثبتت مشروعية الإحياء من عمل الصحابة رضوان الله عليهم ، وما وقع من إجماع العمل على ذلك دون مخالف .

فمن الأدلة :

١ ـ ما أخرجه البخاري رحمه الله عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ عن رسول الله ﷺ أنه قال :

" من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها " [١].

٢ ـ وما رواه جابر ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ :
" من أحيا أرضاً ميتة فهي له " [٢].

٣ ـ وما روي عن سعيد بن زيد ، أن النبي ﷺ قال :
" من أحيا أرضا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق " [٣].
ومعنى قوله : " ليس لعرق ظالم "

" أن العرق الظالم أن يأتي الرجل الأرض الميتة لغيره فيغرس فيها" [٤].

٤ ـ ومنها ما قد روي عن النبي ﷺ أنه قال :
" عاديُّ الأرض لله ولرسوله ، ثم هو بعد لكم من بعد فمن أحيا شيئاً من موتان الأرض فله رقبتها " [٥].

---

(١) كتاب الحرث والمزارعة ، باب:(من أحيا أرضاً مواتا) برقم (٢٢١٠)، ٨٢٣/٢.

(٢) رواه الترمذي في سننه المسمى بـ (الجامع الصحيح) وقال عنه : " هذا حديث حسن صحيح" كتاب : الأحكام عن رسول الله ، باب : ما ذكر في إحياء أرض الموات رقم (١٣٧٩)،٦٦٣/٣. ط. دار إحياء التراث العربي، تحقيق أحمد شاكر .
ورواه أبو داود في سننه كتاب : الخراج والإمارة والفيء ، باب: في إحياء الموات رقم (٣٠٧٤)، ١٧٨/٣.

(٣) رواه الإمام مالك في الموطأ ، كتاب : الأقضية ، باب : القضاء في عمارة الأرض رقم (١٤٢٤) ، ٥٧٠/٢ . تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، ط. دار الحديث ، القاهرة ، ورواه الإمام أحمد في مسنده رقم (٢٢٨٢٩) ، ٣٢٦/٥ ط. مؤسسة قرطبة القاهرة.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥٠٧/٧ ط. دار الفكر ١٩٨٤م .

(٥) رواه الإمام أحمد بن الحسين البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحياء الموات ، باب لا يترك الذمي يحييه ، رقم ١١٥٦٤ ، ١٤٣/٦ ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ط. دار الكتب العلمية .

وقال أبو عبيد [١] في الأموال :

" عادي الأرض : التي كان لها ساكن في آباد الدهر ، فانقرضوا ، فلم يبق منهم أنيس ، وإنما نسبها إلى عاد ؛ لأنهم كانوا مع تقدمهم ذوي قوة وبطش وآثار كثيرة ، فنسب كل أثر قديم إليهم ... " [٢].

٥ ـ وكذلك ثبتت مشروعية إحياء الموات من فعل الصحابة رضوان الله عليهم.

فقد روى البخاري في صحيحه باب من أحيا أرضاً مواتاً :

عن عمر بن الخطاب قوله :

" من أحيا أرضاً ميتة فهي له ".

وسبب هذا الحديث أن الناس كانوا يتحجرون الأرض في عهد عمر بن الخطاب ﷺ فقال : " من أحيا أرضاً ميتة فهي له " .

ثم قال عروة : قضى عمر بن الخطاب ﷺ في خلافته " [٣].

وعليه فقد اتفق الفقهاء على مشروعية إحياء الأرض الميتة [٤]، لما في الأحاديث من دلالة واضحة على الجواز ؛ لأن إحياء الموات يؤدي إلى عمارة الأرض التي حثت عليها الشريعة

---

(١) أبو عبيد هو : القاسم بن سلام الهروي ، المحدث ، الفقيه ، المجتهد ، تفقه على يد الإمام الشافعي والإمام أحمد بن حنبل ، له مؤلفات منها أدب القاضي والأمثال والمقصور والممدود . وغيرها.
انظر: طبقات الشافعية الكبرى ، للسبكي ١٥٣/٢ ، ط. البابي الحلبي .

(٢) الأموال ص ٣٧١ .

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني، كتاب: الحرث والمزارعة، باب : من أحيا أرضاً مواتا ١٤/٥.ط. السلفية .

(٤) المغني لابن قدامة ٥٠٥/٧ .

الغراء . ولهذا نجد أن الشافعية يقولون بأن إحياء الموات مستحب [١].

أثر الإحياء في تحول الملكية :

علمنا مدى مشروعية جواز إحياء الأرض الموات من الأحاديث النبوية وفعل الصحابة والإجماع المنعقد بعد ذلك . ومع هذا الاتفاق فإنه وجد خلاف بين الفقهاء في مدى جواز تحول الملكية ، أي: هل تتحول الملكية بالإحياء من الملكية العامة إلى ملكية خاصة للذي أحيا الأرض ؟، أم أن من أحيا الأرض يصبح له حق الانتفاع بها ، ويملك الانتفاع دون ملك عين الأرض ؟.

نجد الفقهاء في تحول ملكية الأرض الميتة إلى ملكية خاصة يتجهون إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : وهو ما يراه جمهور الفقهاء من الحنفية [٢] وجمهور المالكية [٣] والشافعية [٤] والحنابلة [٥]. فقد ذهبوا إلى أن من أحيا أرضاً مواتاً فهي ملك له ، وعليه تتحول الملكية إلى ملكية خاصة.

وإن كان كلام الفقهاء على أن التحول الحاصل إنما هو تحول من الإباحة إلى الملكية الخاصة ، ولكن لما رجحنا أن الأرض الموات ملك للدولة ، تملكها بصفة العموم لكل الناس ، فمن أحيا الأرض الموات بشروط الإحياء فقد تحولت الملكية من العامة إلى الخاصة .

---

(١) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق الشيرازي ، ٤٢٣/٣ تحقيق د. محمد الزحيلي، ط. دار القلم ١٩٩٢م .

(٢) الفتاوى الهندية ٣٧٦/٥ .

(٣) شرح الخرشي على مختصر خليل ٦٧/٧.

(٤) أسنى المطالب شرح روض الطالب شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ٤٤٤/٢ ط. دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .

(٥) كشاف القناع ١٨٥/٤ .

وقد جاء في الفتاوى الهندية :

" والملك في الموات يثبت بالإحياء بإذن الإمام عند أبي حنيفة (رحمه الله) ، وعند أبي يوسف ومحمد (رحمهما الله تعالى) يثبت بنفس الإحياء "[١].

وجاء في شرح المجلة :

"إذا غرس أحد في الأرض الموات غرساً أو شجراً أو بنى فيها بناء كان ذلك إحياء لتلك الأرض ... ولو عمل أحد ذلك بإذن سلطاني كان ذلك الفاعل مالكا لرقبة تلك الأرض "[٢].

وجاء في مختصر خليل :

" وإذا حصل الإحياء في الأرض بعمارة ثبت الاختصاص فيها وفي حريمها"[٣].

وجاء في الأحكام السلطانية أن :

" من أحيا مواتاً ملكه بإذن الإمام وبغير إذنه "[٤].

وجاء في أسنى المطالب :

" فإن كانت ـ أي: الأرض الموات ـ ببلد الإسلام فللمسلم ولو غير مكلف تملُّكها بالإحياء "[٥].

وقال ابن قدامة [٦] :

---

(١) الفتاوى الهندية ٣٧٦/٥ .

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام . لعلي حيدر ٥٨٢/٢ .

(٣) انظر : مختصر خليل وعليه شرح الخرشي ٦٧/٧ .

(٤) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٣ .

(٥) أسنى المطالب شرح روض الطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ٤٤٤/٢ .

(٦) ابن قدامة : هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة من أهل نابلس بفلسطين ، خرج منها واستقر بدمشق من فقهاء الحنابلة ، له مؤلفات منها : المغني، والكافي، والمقنع، وروضة الناظر .
انظر: سير أعلام النبلاء ١٦٥/٢٢ ، الأعلام ١٩١/٤.

" الموات قسمان : أحدهما : ما لم يجر عليه ملك لأحد ولم يوجد فيه أثر عمارة ، فهذا يملك بالإحياء بغير خلاف بين القائلين بالإحياء" [١].

فهذه جملة من أقوال الفقهاء تفيد أن من أحيا أرضاً مواتاً فهو يملكها على صفة الملك التام، وله التصرف فيها كيفما يشاء من انتفاع وغيره ؛ وذلك للأحاديث الدالة على تحول الملكية للمحيى تحولا كاملاً ، فالمالك يملك الرقبة والانتفاع بها.

يقول الأستاذ محمد أبو زهرة :

" والملك بالإحياء كالملك بسائر أسباب الملكية ، متى ثبت لشخص لا يزول عنه إلا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية ، فما لم يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحيى "[٢].

هذا وقد استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالأحاديث والمعقول :

فمن الأحاديث التي استدل بها الجمهور قول الرسول ﷺ :

" من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق " [٣].

وكذلك الأحاديث الأخرى التي ذكرناها سابقاً [٤]، فهي صريحة في أن من أحيا الأرض الموات فإنها تدخل في ملكه رقبة وانتفاعاً .

ومن المعقول :

أن الملكية تنتقل وتتحول بأسباب معينة ، وإحياء الموات من أحد هذه الأسباب ، فالإحياء سبب للتملك كما أن البيع والهبة وغيرها سبب من أسباب تملك عين الشيء .

---

(١) المغني ٣٢٨/٥ ، مسألة رقم (٤٣٣١) .
(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ١١٧ .
(٣) تقدم تخريجه ص ٧٦ .
(٤) انظر : ص ٧٦.

الاتجاه الثاني :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الإحياء سبب من أسباب نقل الملكية ـ أي الملكية تستمر باستمرار حياة الأرض ـ فإذا عادت الأرض مواتاً انتهت ملكية الذي أحياها ويكون لأي شخص آخر امتلاكها بالإحياء مرة أخرى.

فالأرض الموات المملوكة ملكية عامة والتي تحولت بالإحياء إلى ملكية خاصة ، تعود بإهمالها كما كانت قبل ذلك إلى الملكية العامة ، ويحق لأي فرد إحياء الأرض مرة أخرى . روي هذا عن الإمام مالك [(١)] (رحمه الله) .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بالمعقول والقياس :

١ ـ أن علة الملك إحياء الموات ، فبعود الأرض مواتاً تخرج عن الملكية ، فإذا ذهب الاحياء ذهب الملك ؛ لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدما .

٢ ـ أن الإحياء سبب فعلي من أسباب التملك التي ترد على المباحات بخلاف أسباب الملك القولية فلا يبطل الملك فيها بعدم استمرارها .

يقول القرافي[(٢)] في فروقه في الفرق الخامس والثلاثين بين قاعدة الأسباب الفعلية وقاعدة الأسباب القولية :

---

(١) المنتقى شرح الموطأ سليمان بن خلف الباجي ٦/٣٠ ط. مطبعة السعادة ، مصر ١٣٣٢هـ، والفروق لأحمد بن إدريس القرافي، الفرق رقم (٢١٣) ، ٤/١٨ ، ط. دار الكتب العلمية .

(٢) القرافي هو : أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، أبو العباس شهاب الدين القرافي من علماء المالكية بالقاهرة ت ٦٨٤هـ ، له مؤلفات منها : الذخيرة ،الخصائص ، الفتاوى وغيرها . انظر: شجرة النور الزكية ص ١٨٨ و الأعلام ١/٩٤ .

" الملك بالإحياء على أصل مالك أضعف من تحصيل الملك بالشراء لأنه إذا زال الإحياء عنه بطل الملك ، ولا يبطل الملك في القولي إلا بسبب ناقل والإحياء سبب فعلي ....." [١].

وأما القياس :

حيث يقاس الإحياء بالصيد ، فمن اصطاد شيئاً مباحاً ثم رفع يده عنه فإنه يعود مباحاً كما كان . وكذلك إحياء الموات ، إذا عادت الأرض إلى صفتها الأولى عادت إلى ما كانت عليه.

الاتجاه الثالث :

وهو مذهب بعض الحنفية[٢] ، حيث يرون أن من أحيا أرضاً مواتاً ، لا تثبت له ملكية الأرض المحياة ، ومن أحيا أرضا فإنه يملك المنفعة فقط دون الرقبة . وملك الرقبة يكون للإمام . فالإحياء يخول صاحبه تعمير الأرض، والاستفادة من منافعها عن طرق الزرع، والإنتاج ، والري ، وإخراج الماء ، وغيرها من طرق النفع لكن لا يحق له امتلاكها.

والراجح في هذه المسألة :

ما ذهب إليه الفريق الأول من الجمهور ، فمن أحيا أرضا مواتا ملكها ، فيملك رقبتها ومنافعها؛ وذلك للأدلة الصريحة في ذلك والله أعلم .

ـ شروط إحياء الأرض الموات :

نعني بشروط الإحياء ، شروط تحول الملكية عن طريق الإحياء ، لأنه متى تحققت هذه الشروط تحولت ملكية الأرض العامة إلى ملكية خاصة للمحيى .

---

(١) الفروق ٢٠٤/١ .

(٢) نقل عن أبي قاسم البلخي ، انظر العناية شرح الهداية ٧١/١٠ لمحمد بن محمد بن محمود البابرتي ، ط. دار الفكر دمشق . انظر درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢٨٢/٣ .

والفقهاء في عدهم للشروط اختلفوا فمنهم من جعل شروط الإحياء ستة ومنهم من جعلها خمسة ومنهم من جعلها أقل من ذلك ، إلا أن الشروط بعضها متفق عليها وبعضها مختلف فيه فمن أهمها ما يلي :

الشرط الأول : ألا تكون الأرض مملوكة لأحد ، وأن تكون مطلقة عن التقييد بحق عام كتخصيصها لمنفعة عامة أو حق خاص .

فإذا كانت الأرض مملوكة لأحد ، فالأرض مشغولة ، والأرض المشغولة بذمة أحد لا يجوز لغيره شغلها ، فيمتنع إحياء أرض مملوكة لأحد .

ودليل ذلك قول الرسول ﷺ :

" من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها " [١].

قال الإمام الشافعي :

" بلاد المسلمين شيئان عامر ، وموات .فالعامر لأهله ، وكل ما صلح به العامر من طريق وفناء ومسيل ماء وغيره فهو كالعامر ، في أن لا يملك على أهله إلا بإذنهم .

والموات شيئان : موات ما قد كان عامراً لأهله معروفاً في الإسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتاً، فذلك كالعامر لأهله لا يملك إلا بإذنهم ، والموات الثاني ما لا يملكه أحد في الإسلام يعرف ، ولا عمارة ملك في الجاهلية اذا لم يملك فذلك الموات الذي قال رسول الله ﷺ : " من أحيا مواتاً فهو له " [٢].

فهذا ما عليه الفقهاء ، لكن الإمام مالكاً وضع شرطاً وهو استمرار الإحياء، فإذا عاد الموات فإنه يرجع إلى حكمه الأول الذي كان عليه .. وقد ذكرنا أدلتهم والمذهب الراجح منهم .

---

(١) سبق تخريجه ص ٧٦.

(٢) الأم للإمام الشافعي ٨/٢٢٩ .

الشرط الثاني : أن تكون الأرض خارجة عن العمران أو قريبة من العمران ولم تتعلق بها مصالح للعامر.

فلا يصح إحياء الأرض الموات الداخلة في العمران ، بأن تكون أرضاً غير مزروعة فيأتي أحد فيقوم بإحيائها ويدعي دخولها في ملكه .

وعليه فقد اشترط الفقهاء بُعْد الأرض الموات من العمران ، فقد جاء في درر الحكام في تعريف الموات :

" أرض لم تملك في الإسلام أو ملكت ولم يعرف مالكها وتعذر زرعها بانقطاع الماء عنها .. وبعدت من العامر " (١).

وروي عن الإمام مالك : " أن الأرض التي تقرب من العمران لا يحييها أحد إلا بإذن الإمام " (٢).

وقال الإمام النووي : " والمعمور لا يدخل الإحياء فيه بل هو لمالكه " (٣).

وهكذا في باقي المذاهب ، إلا أنهم اختلفوا في الموات القريبة من العامر هل لها حكم الموات فيجوز إحياؤها وتدخل في الملكية الخاصة أم تلحق بالعامر لأن الشيء له حكم حريمه فلا يجوز إحياؤها.

اختلف الفقهاء في ذلك وإليك الأقوال :

ـ القريب من العامر عند الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن كل أرض موات قريبة من العامر ومن العمران لا يجوز إحياؤها ، ومن أحياها فلا تدخل في ملكه ؛ لسريان

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام منلا خسرو ٣٠٦/١ .
(٢) المنتقى شرح الموطأ ٢٨/٦ للباجي .
(٣) مغني المحتاج ، محمد الشربيني ، لمعرفة ألفاظ المنهاج للإمام النووي ٤٩٧/٢. ط. مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٨م .

حكم العامر عليها، فلا تدخل في ملكه حتى لو أذن له الإمام بذلك . وذهب أبو يوسف ومحمد[١] إلى أنه إذا أذن الإمام في ذلك ، فبعد إحياء الأرض تدخل في ملك من أحياها [٢].

وعلتهم في ذلك أن فناء العامر ينتفع به الناس ، ويحتاجون إليه لرعي المواشي وطرح الحصاد ، وإحياء الأرض يمنعهم ويضيق عليهم ذلك [٣].

حكم القريب من العامر عند المالكية :

فقد ذهب المالكية إلى أن الأرض الموات قريبة من العامر ، تحتاج إلى إذن الإمام لإحيائها.

قال ابن رشد[٤] :

" إن حكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه ، وهي على ثلاثة أوجه :

١ ـ بعيد عن العمران .

٢ ـ قريب منه ، لا ضرر على أحد في إحيائه .

٣ ـ قريب منه، في إحيائه ضرر على من يختص الانتفاع به .

---

(١) هو محمد بن الحسن بن فرقد ، فقيه العراق ، صاحب أبا حنيفة وأخذ عنه بعض الفقه، وتمم على القاضي أبي يوسف ، ت ١٨٩هـ ، له مؤلفات منها : الجامع الصغير ، والجامع الكبير ، وغيرهما. انظر : سير أعلام النبلاء ١٣٤/٩.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٣٥/٦ .

(٣) المرجع نفسه ، وانظر كذلك : نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ٢٠٥/٦ ، ط. دار الحديث .

(٤) ابن رشد : هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي ، أبو الوليد ، الفقيه المالكي ، ت٥٩٥هـ ، له مؤلفات كثيرة منها: بداية المجتهد ، والتحصيل، وتهافت التهافت، وغيرها . انظر شجرة النور الزكية ص ١٤٦ ، وشذرات الذهب ٣٢٠/٤ .

أما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه علىأحد فلا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام على المشهور من المذهب "[١].

وتفرقة الإمام مالك (رحمه الله) بين ما قرب من العمران فلا يحيا إلا بإذن الإمام، وبين ما بعد فيجوز بغير إذنه ، مبنية على القاعدة الفقهية التي تقول : إن ما قرب من العمران يؤدي إلى التشاجر والفتن وإدخال الضرر فلابد فيه من نظر الأئمة دفعاً لذلك المتوقع . وما بعد عن ذلك لا يتوقع فيه شيء من ذلك فيجوز [٢].

ـ حكم القريب من العامر عند الشافعية :

ذهب الشافعية إلى أن القريب من العامر من صريح المعمور لا يملك . جاء في المنهاج :

" ولا يملك بالإحياء صريح معمور ، وهو ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع"[٣].

ـ حكم القريب من العامر عند الحنابلة :

لقد فرق فقهاء الحنابلة بين نوعين من الأرض الموات القريبة من العامر :

النوع الأول: القريبة من العامر التي لا تتعلق بمصالح العامر ، وهذه وجد في المذهب روايتان عن الإمام أحمد في جواز إحيائها وعدمه.

النوع الثاني: الأرض التي قربت من العامر وتتعلق بمصالحه من طرحه ومسيل مائه ومرافقه ، وهذه لا يجوز إحياؤها بغير خلاف في المذهب [٤].

---

(١) نقل قول ابن رشد ، محمد بن محمد العبدري (ابن الحاج) في كتابه المدخل ٢٥٠/١. ط. دار التراث. وقد بحثت قدر جهدي فيما بين يدي من كتب ابن رشد فلم أجد هذا النقل .

(٢) انظر : الفروق للقرافي ٢٠٧/١ .

(٣) المنهاج مع مغني المحتاج للشربيني ٤٩٨/٣ ـ ٤٩٩ .

(٤) المغني لابن قدامة ٣٣٠/٥ .

فهذه مذاهب الفقهاء وتلك آراؤهم :

حيث اتفق جمهور الفقهاء، على أن الأرض الموات التي تكون داخل العامر لا يجوز إحياؤها ، ومن أحياها فلا تدخل في ملكه .

أما الأرض التي قربت من العامر، فإن كانت قريبة من منافع العامر، وتعلقت به مصالح للعامر، فلا يجوز إحياؤها كذلك .

أما الأرض الموات القريبة من العامر والتي لم تتعلق بها مصلحة، فإن أذن الإمام في ذلك فإنها تدخل في الملك بالإحياء ، وإن لم يأذن فلا يجوز الإحياء .

الشرط الثالث : إذن الإمام :

اختلف الفقهاء قديما في : اشتراط إذن الإمام لإحياء الأرض الموات ـ البعيدة عن العمران والخارجة عنه ـ وانقسم الفقهاء في اشتراطه وعدمه إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول (١):

وهو رأي جمهور الفقهاء ، قال به الصاحبان من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وهذا الاتجاه لا يشترط إذن الإمام أو الحاكم من أجل إحياء الأرض . فمن أحيا الأرض الموات مع توافر الشروط فإنها تدخل في ملكه ، ولا حاجة إلى إذن الإمام في ذلك .

واستدلوا لرأيهم بالنصوص والقياس والمعقول :

---

(١) انظر شرح معاني الآثار أحمد بن محمد الطحاوي ٢٦٩/٣ تحقيق محمد زهري النجار، ط. دار الكتب العلمية ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، أبو بكر بن مسعود الكاساني ١٩٤/٦، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق ٣٤/٦ ، المدونة للإمام مالك ٤٧٣/٤ ط. دار الكتب العلمية، المنتقى شرح الموطأ ٢٨/٦ ، المدخل لابن الحاج ٢٥٠/١ ، الأم للإمام الشافعي ٤٧/٤ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٣ ، مغني المحتاج ٤٩٥/٣، المغني لابن قدامة ٣٤٧/٥.

فمن النصوص :

استدلوا بالحديث السابق " من أحيا أرضاً ميتة فهي له " .

فعموم الحديث يدل على جواز إحياء الأرض دون اشتراط إذن الإمام في ذلك .

وعموم الحديث في قوله (فهي له) وهو يدل على دخول الأرض المحياة تحت الملك الخاص للمحيي ، حتى لو لم يستأذن .

ومن القياس الذي استدلوا به :

أن الإنسان إذا اصطاد سمكة أو طائراً ، فلا يحتاج إلى إذن الإمام في ذلك ؛ لأن السمك والطائر من الأشياء المباحة التي تدخل في ملك الواحد بمجرد الصيد ووضع اليد عليها .

ويقاس على هذه الأمور إحياء الأرض ، فإن الأرض عندهم مباحة ، والأرض الموات المباحة إنما تدخل في ملك الفرد إذا أحياها، وسواء هذا الإحياء كان بإذن الإمام أم بغير إذنه .

ومن المعقول :

أن الأصل في أقوال الرسول ﷺ أنها من باب التشريع والتبليغ، فلا تحتاج إلى إذن الإمام ؛ لأن تصرف الرسول ﷺ في الأحاديث السابقة إنما هو تصرف بالفتوى ، فيجوز لكل أحد أن يحيا الأرض الموات سواء أذن الإمام في ذلك الإحياء أم لا [١].

الاتجاه الثاني :

وهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله [٢] فقد اشترط إذن الإمام لإحياء الموات ، ومن أحيا أرضا ولم يوجد معها إذن الإمام فإنها لا تدخل في ملكه.

---

(١) انظر : الفروق للقرافي ١/٢٠٧ ـ ٢٠٨ .

(٢) البدائع ٦/١٩٥ .

واستدل لرأيه كذلك بالآثار والقياس والمعقول :

فمن الآثار :

١ ـ ما روي عن ابن عباس (رضي الله تعالى عنهما) عن الصعب بن جثامة :

" أن رسول الله ﷺ حرم البقيع ، وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله"[١] .

وقوله ﷺ :

٢ ـ " ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه ، فإذا لم يأذن فلم تطب نفسه به فلا يكون له "[٢].

٣ ـ ومن الآثار التي استدل بها الإمام أبو حنيفة ـ والتي تدل على تقييد عموم الأحاديث السابقة التي لا تشترط إذن الإمام ـ ما روي عن أبي اسحاق الشيباني عن محمد بن عبيد الله قال : خرج رجل من أهل البصرة ـ يقال له أبو عبد الله ـ إلى عمر فقال : إن بأرض البصرة أرضاً لا تضر بأحد من المسلمين ، وليست من أرض الخراج ، فإن شئت أن تقطعنيها ، أتخذها قضبا وزيتونا ونخلاً في نخيلي فأفعل ، فكان أول من أحدث الفلايا بأرض البصرة ، فكتب عمر إلى أبي موسى الأشعري : " إن كانت حمى ، فأقطعها إياه " [٣].

ووجه الدلالة أن عمر ﷺ لم يجعل له أخذها ولا جعل له ملكها إلا بعد أن أذن له في ذلك ورفع ذلك إلى واليه على البصرة ، ولو لم يكن هناك حاجة إلى إذن الإمام لقال عمر ﷺ : وما حاجتك إلى إذني في ذلك أم لمن يكتب الإذن إلى خليفته.

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب : السير ، باب : إحياء الأرض الميتة ٢٦٩/٣.

(٢) الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر العسقلاني ، كتاب : إحياء الموات ٢٤٤/٢ ، تحقيق السيد عبد الله المدني ، دار المعرفة .

(٣) انظر : شرح معاني الاثار ، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ٢٧٠/٣ .

٤ ـ ومن الآثار ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال :
" لنا رقاب الأرض " .
فدل ذلك أن رقاب الأرض أمرها لأئمة المسلمين [١].
ومن القياس الذي استدل به :
أن الأرض الموات تقاس على أموال بيت المال ، وبيت المال لا يجوز لأحد أن يتصرف فيه أخذاً وعطاءً إلا بعد إذن الإمام ، والموات كذلك فلا يجوز أخذ الأرض وإحياؤها وتملكها إلا بعد إذن الإمام [٢].
واستدل به من المعقول:
أن الموات غنيمة فلابد للاختصاص بالموات من إذن الإمام كسائر الغنائم ، والدليل على أنه غنيمة أن اسم الغنيمة يطلق على ما أخذ من أهل الحرب بإيجاف الخيل والركاب ، والموات كذلك، لأن الأرض كلها كانت تحت أيدي أهل الحرب استولى عليها المسلمون عنوة وقهراً فكانت كلها غنائم فلا يختص بعض المسلمين بشيء منها من دون إذن الإمام [٣].
وأما الرد على الاتجاه الأول :
فإن العموم الذي استدلوا به وكذلك المعقول ، مخصص ومردود بأحاديث أخرى ومنها :
" ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه ....." .
وكذلك مخصص بفعل عمر ﷺ وإقرار الصحابة بعده عليه .
وأما القياس الذي تم الاستدلال به فهو مردود بأن الأرض الموات تفترق عن البحار والأسماك والأشجار وغيرها ، والدليل على ذلك : أن الأرض يجوز للإمام نزعها للمصلحة

---

(١) المرجع نفسه .
(٢) المرجع نفسه .
(٣) انظر البدائع ١٩٥/٦ .

بخلاف الأشياء المباحة الأخرى من الماء والكلأ والنار، فلا يجوز للإمام منع الناس منها .

فالصيد والماء ليس للإمام بيعها ولا تمليكها أحداً ، إنما الإمام فيها كسائر الناس .

الراجح :

والراجح في هذه المسألة هو: ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من أن الأرض الميتة حتى تدخل وتتحول إلى ملكية خاصة لابد فيها من إذن الإمام، وذلك لأن حكم الأرض في السابق يختلف عما عليه الآن . وسبب الخلاف كله هو أن الأرض الموات هل هي مباحة فيجوز لكل واحد وضع اليد عليها وإحياؤها أم لا . وما نحن عليه في العصر الحالي أن الأرض تدخل تحت ملك الدولة بصفة الملكية العامة ، ولا يجوز لأحد أن يأخذ أرضاً متصفة بالعموم بدون إذن الإمام .

يقول أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي : "يشترط إذن الحاكم لواضع اليد بقصد الإحياء ، لضمان تنظيم علاقات الناس بعضهم ببعض فيما يتصل بذلك "[١].

الخلاصة :

وخلاصة ما سبق :

١ ـ أن الأراضي في العصر الحاضر ، يختلف حكمها عن العصور القديمة ، حيث كانت في السابق تأخذ حكم الإباحة ، أما الآن وقد وجدت الدول ورسمت الحدود فإن الأراضي تدخل تحت سيطرة الدولة ، وتكون ملكاً للدولة تملكها ملكية عامة لأفراد المجتمع كله .

---

(١) الملكية الفردية ص ١٥٢ .

٢ ـ أن الأرض الموات هي : الأرض التي لم تملك ملكاً خاصاً بعد، أو ملكت ولم يعرف صاحبها ، وقد تعذر زرعها واستخدامها حتى تركت ولم يستفد منها أحد .

٣ ـ أن مشروعية إحياء الأرض الموات ثابتة بالسنة النبوية ، وعمل الصحابة والإجماع .

٤ ـ لإحياء الأرض الموات شروط أهمها:

أ ـ ألا تكون الأرض مملوكة لأحد ؛ وأن تكون مطلقة عن التقييد بحق عام أو خاص .

ب ـ أن تكون الأرض خارجة عن العمران أو قريبة ولم تتعلق به مصالح للعامر.

جـ ـ إذن الإمام في إحياء الأرض .

٥ ـ وبتوافر الشروط يجوز لأي فرد إحياء الأرض وإعمارها من زراعة وحفر وانتفاع بمرافقها .

٦ ـ وبعد إحياء الأرض فإنها تتحول الأرض من الملكية العامة التي كانت للدولة إلى ملكية خاصة للمحيي يملك رقبتها ومنافعها .

هذا والله أعلم .

الفصل الثاني
التحول في التصرفات

تمهيـــد : تعريف التصرفات :

أولاً : التصرفات لغة [١]:

التصرفـات جمـع ، مفردهـا تصـرف ، وهـي مـأخوذة مـن الصرف.

والصَّرف له معان كثيرة منها :

ـ رد الشيء عن وجهه .

ـ الحيلة ، يقال : فلان يتصرف أي : يحتال .

ـ التقلب ، يقال فلان يصرف ويتصرف ويصطرف لعياله أي يكسب لهم .

ـ التطوع ، والتوبة ، والوزن ، والزيادة ، والقيمة .

وجـاء فـي قولـه تعـالى: ﴿ وَصرَّفنـا الآيـات ﴾ : أي بيناهـا . وتصريف الآيات : تبيينها.

وصرّف الشيء : أعمله في غير وجه ، كأنه يصرفه عن وجـه إلى وجه .

وتصاريف الأمور : تخاليفها . يقال: إنه يتصرف في الأمور .

ومنـه تصريـف الريـاح من جهـة إلـى جهـة ، وكـذا تصريـف السيول والخيول، والأمور والآيات .

ثانياً :التصرفات اصطلاحاً :

عندما نبحث في كتب الفقهاء للعثور عن تعريف للتصـرف ، لا نكاد نجد له تعريفاً محدداً . أو تعريفاً جامعاً مانعاً ، وإنما نجد الفقهـاء

---

(١) انظر: لسان العرب ، ١٨٩/٩ ، تاج العروس ٢٠/٢٤ ، مختار الصحاح محمد ابن أبي بكر الرازي ١٥٢/١ ، ط. مكتبة لبنان ١٩٩٣م .

يذكرون أنواع التصرفات وأقسامها، ويضربون لذلك الأمثلة عليها دون ذكرهم لحد التصرف .

وهذا الأمر ملحوظ في كتب الفقه المتقدمة ، إلا أنه من خلال النظر إلى الأنواع والتقسيمات يمكننا تعريف التصرفات بأنها : كل ما يصدر عن الإنسان ويترتب عليه حكم شرعي "، والذي يصدر من الإنسان إما قول أو فعل .

والحكم الشرعي مختلف على حسب ما يصدر عن الإنسان صحة أوفساداً ولزوماً أواختياراً وإيقافاً أو تنفيذاً . أو حرمة أوجوازاً أو إباحة أوندباً أو وجوباً.

والذي يهمنا في هذا الفصل من البحث هو: التحول المتعلق بالأقوال والأفعال. أما التحول في الحكم الشرعي ، أو الصفة اللاحقة بالعقد ، أو التصرف من الصحة والبطلان والفساد وغيرها فهو موضوع الباب الثاني من هذه الرسالة.

فالتصرف بالتعريف السابق أخص من الأشياء التي تطرقنا إليها وأعم من العقد الذي سوف يأتي في الباب الثاني .

فكون التصرف أخص من الملك ؛ لأن الملكية نفسها غير داخلة فيه.

يقول القرافي :

" اعلم أن الملك أشكِل ضبطه على كثير من الفقهاء ، فإنه عام يترتب على أسباب مختلفة ، البيع والهبة والصدقة والإرث وغير ذلك، فهو غيرها .

ولا يمكن أن يقال هو التصرف ؛ لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف ، فهو حينئذ غير التصرف " [١].

---

(١) الفروق للقرافي ٢٠٨/٣ .

فلما تغاير الملك عن التصرفُ أفردنا التصرف وذكرنا صور التحول الحاصل فيه في مبحث مستقل .

ـ أنواع التصرفات :

نظرة الفقهاء المتقدمين للتصرفات تختلف عن نظرة المتأخرين، فالفقهاء المتقدمون لم نجد لهم قاعدة تضبط التصرفات أو تقسيماً معيناً ساروا على نهجه ، وقد جاء تقسيمهم لها حسب نظرة كل فقيه ، أو على حسب الجهة التي اعتبرها ومن هذه التقسيمات ما ذكره العز بن عبد السلام [١] حيث قال :

" والتصرفات أنواع : نقل ، وإسقاط ، وقبض ، وإذن ورهن ، وخلط ، وتملك ، واختصاص ، وإتلاف ، وتأديب خاص وعام "[٢].

ويقسم ابن تيمية التصرفات تقسيما آخر فيقول :

" تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان :

ـ عبادات يصلح بها دينهم .

ـ وعادات يحتاجون إليها في دنياهم .

فاستقراء أصول الشريعة أن العبادات التي أوجبها الله أو أباحها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع .

---

(١) العز بن عبد السلام : هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، سلطان العلماء . فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد ، ت ٦٦٠هـ ، له مؤلفات منها : الإلمام في أدلة الأحكام ، وقواعد الأحكام في إصلاح الأنام والفتاوى وغيرها .
انظر : طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢٠٩/٨، شذرات الذهب ٣٠١/٥.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام . لعز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ٨١/٢ ، ط. دار الكتب العلمية .

وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه"[١].

ويقول ابن الهمام :

" التصرفات إما إثباتات كالبيع والإجارة والهبة ونحوها .

وإما إسقاطات كالطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها"[٢].

وهكذا تقسيم العلماء للتصرفات ، يختلف باختلاف نظرة الفقيه نفسه :

فمن نظر إلى التصرفات من حيث: اكتساب ملك جديد أو إسقاط ما في الذمة ، قال : هي إثباتات وإسقاطات .

أما من نظر إليها من حيث: معناها اللغوي من التحرك والانتقال وتغير الحال ، قال هي أقوال وأفعال .

ومن نظر إليها من الناحية الدينية والدنيوية ، قال هي: عبادات وعادات .

وهكذا تختلف الأنواع عندهم إلا أن الأمثلة التي يمثلون بها لا تكاد تسقط من أي قسم منها ، كالبيع قد يكون تصرف نقل وتملك وإثبات وعادة وهكذا.

ـ أنواع التصرفات عند الفقهاء المعاصرين [٣]:

النوع الأول : التصرف الفعلي :

" وهذا التصرف ما كان مصدره عملاً فعلياً غير اللسان ".

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٦/٢٩.

(٢) شرح فتح القدير ٣١٧/٨.

(٣) التصرفات والوقائع الشرعية ، د. محمد زكي عبد البر ص ٢٥ ط. دار القلم الكويت، والموسوعة الفقهية الكويتية ٧٢/١٢.

والتصرفات الفعلية يمكن تقسيمها إلى ما يلي :

أ ـ أفعال موجبة للضمان : كالجناية على النفس ، والأعضاء ، والسرقة ، وقطع الطريق ، والبغي ، والإتلاف ، والغصب ، والتعدي ، والجحود ، والإكراه ، والالتقاط .

ب ـ أفعال موجبة للتمليك : كالإحراز ، وإحياء الموات والبيع بالتعاطي ، وغيرها.

النوع الثاني : تصرف قولي :

وهو الذي يكون منشؤه اللفظ دون الفعل ، وهو نوعان :

أ ـ التصرف القولي العقدي :

وهذا الذي يتم باتفاق إرادتين ، ومثاله سائر العقود التي لا تتم إلا بوجود طرفين ، كالإجارة ، والبيع ، والنكاح ، والوكالة .

ب ـ التصرف القولي غير العقدي :

كالدعوى والإقرار والإيلاء والظهار ، وغير ذلك .

وهذه التصرفات بنوعيها القولي والفعلي ، تتدرج فيها جميع أنواع التصرفات سواء أكانت تلك التصرفات :

عبادات : كالصلاة والزكاة والحج .

أم معاوضات : كالبيع والإقالة والإجارة وغيرها .

أم تبرعات : كالوقف ، والهبة ، والصدقة ، والإبراء عن الدين.

أم تقيدات :كالحجر ، والرجعة ، وعزل الوكيل .

أم التزامات : كالضمان ، والكفالة ، والحوالة ، والالتزام ببعض الطاعات.

أم إسقاطات : كالطلاق ، والخلع ، والتدبير ، والإبراء عن الدين .

أم إطلاقات : كالإذن للعبد بالتجارة ، والإذن المطلق للوكيل بالتصرف .

أم ولايات : كالقضاء ، والإمارة ، والإمامة ، والإيصاء ، والولاية على الغير .

أم إثباتات : كالإقرار ، والشهادة ، واليمين ، والرهن.

أم اعتداءات على حقوق الغير المالية وغيرها : كالغصب ، والسرقة .

أم جنايات على النفس ، والأطراف ، والأموال .

فتلك التصرفات على اختلاف أنواعها لا تخرج عن كونها أقوالاً أو أفعالاً، فيكون التصرف بنوعيه القولي والفعلي شاملاً لها .

ـ أهمية التصرفات :

يقول العز بن عبد السلام (رحمه الله) :

" الإنسان مكلف بعبادة الديان باكتساب في القلوب ، والحواس ، والأركان ، مادامت حياته ، ولم تتم حياته إلا بدفع ضروراته وحاجاته من المآكل ، والمشارب ، والمناكح ، وغير ذلك من المنافع ، ولم يتأت إلا بإباحته التصرفات الدافعة للضرورات والحاجات " (١).

ولأهمية التصرفات: القولي منها والفعلي ، نجد أن الشارع أعطاها أهمية كبرى عندما نص على بعضها ، ووضع لها شروطاً وضوابط ، لا يجوز للشخص مجاوزتها ولا مخالفتها ؛ وذلك لأن

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٨٠ .

التصرفات بأنواعها ما شرعت إلا لسد حاجة أو لرفع ضرورة أو لتوفير منفعة يتمتع بها الشخص ، يقول العز بن عبد السلام :

" اعلم أن الله تعالى شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده، ويوفر مصالحه ، فإن عمت المصلحة جميع التصرفات شرعت تلك المصلحة في كل تصرف ، وإن اختصت ببعض التصرفات شرعت فيما اختصت به "(١).

ولما كانت المصلحة كما يقول العز بن عبد السلام (رحمه الله) هي الضابط في وجود التصرف وعدمه ، فإن المصلحة التي ظهر منها التصرف قد تتغير وتتحول لأسباب خاصة أو أسباب عامة ، فمن الضروري أن تتغير وتتحول معها التصرفات، وهذا ما قصده الباحث بالتحول في التصرفات. فإن التصرف الشرعي قد تطرأ عليه أمور تجعله يتحول عن الصفة التي هو عليها إلى صفة أخرى .

وقد اخترت بعض التصرفات التي يظن القارئ من أول وهلة أنها غير داخلة في التصرفات ولا تعلق لها بالتصرفات . لكنه من خلال البحث والتدقيق ، تتضح لنا التصرفات الحاصلة ، وصورة التحول بينها ، فإذا جئنا إلى التحول الحاصل في الدين ، فالدين ما هو إلا لزوم حق في الذمة ، أو هو ما ثبت في الذمة ، واللزوم والثبوت ما هما إلا من أنواع التصرفات ، ثم إن التحول في الدين إما عن طريق الحوالة أو الكفالة وكلاهما نوع من أنواع التصرف الصحيح الصادر من الشخص .

أما التحول في الوقف ، فالوقف نوع من أنواع التصرفات الداخلة تحت التبرعات ، وقد جاء في تعريف الوقف أنه : حبس العين.. " والحبس تصرف .

---

(١) المرجع نفسه ١٤٣/٢ .

أما تحول التصرفات المتعلقة بعقد النكاح ؛ فعقد النكـاح مـا هـو إلا تصرف قولي يصدر من المكلف ، يقول الكاسـاني[١] فـي بدائعـه : "النكاح تصرف قولي"[٢].

أما الولاية التي تتعلق بالنكاح فهي : " قيـام شـخص كبيـر نحـو شخص قاصر" أو " تنفيذ القول على الغـير " والقيـام وتنفيـذ القـول مـا هو إلا نوع من أنـواع التصرفـات ، وعليـه فالولايـة نـوع مـن أنـواع التصرف على الغير .

أما العدة ـ وصورة التحول فيها ، فإن العـدة هـي تربـص يـلزم المرأة عند زوال النكاح . والتربص التزام تلتزمـه المـرأة، والالـتزام تصرف يصدر من صاحبه . وهذا الالتزام أو التربص قد يبـدأ بصفـة معينة ثم يتحول إلى صفة أخرى . وهذا المراد بالتحول في العدد .

أما الحضانــة والتحـول الحـاصل فيهـا ، فالحضانـة هـي " حفـظ الولد " وحفظ الولد والقيام بأموره مـن تربيـة، وتعليـم، ورعايـة، كلهـا تصرفات تصدرمن صاحبها المستحق لها إلا أن هذه الرعاية والحفـظ قد تتحول من شخص لآخر لعدم استحقاق الأول لها .

فهذه بعض التصرفات التي فضل الباحث ذكرها ، وقـد اقتصـر الباحث على هذه التصرفات لوضـوح التحـول الحـاصل فيهـا ولأهميـة التصرفـات المختـارة ؛ فـإن ذكـر التصرفـات كلهـا بأنواعهـا والتحـول الحاصل فيه نوع من الإسهاب والإطالة فلهذا فضلت الاقتصـار علـى ما ذكرت، وذلك لضرب الأمثلة ولبيان كيفية التحول منها .

---

(١) الكاساني: هو أبو بكر بن أحمد الكاساني ، فقيـه حنفـي أصولـي صـاحب كتـاب : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ت ٥٨٧ هـ . انظـر : الجواهـر المضيـة فـي طبقات الحنفية ٢/٢٤٤ ، ومعجم المؤلفين ٣/٧٦.

(٢) البدائع ٧/١٨٤ .

وجدير بالذكر أن أنبه أن هذا الفصل الذي أتناول فيه التصرفات، يختلف عن الباب الثاني من هذا البحث الذي سيدرس "التحول في العقود" ، فإن العقود وإن كانت نوعاً من التصرفات إلا أني لم أقصد بالتحول فيها التحول في التصرف نفسه ، وإنما قصدت التحول في الصفات التي تلازمها من كونها صحيحة أوفاسدة أو باطلة، وذكرت ذلك حتى لا يختلط الأمر ويظن أن هناك تكرار .

المبحث الأول
التحول في الدين

تمهيـــد :

لما كانت حاجة البشر في المجتمع أن يتعامل كل فرد مع الآخر أخذاً وعطاءً، وبيعاً وشراءً ، وتمليكاً وتملكاً ، وذلك لرغبة كل واحد منهما لما في يد الآخر ، وهذه الرغبة قد يحول عنها: عدم توفر المال الكافي لأخذ السلعة الخاصة ، التي في يد الآخر مع الحاجة الماسة لها، وعلى هذا الأساس استحدث الناس لتسهيل التعامل بينهم أنواعاً من العقود ، تجعل صاحب الحاجة يحمل في ذمته ديناً يسدده بعد فترة من الزمن ، متى توفر لديه ، أو يسدده على أقساط منجمة بحسب ما يتفق عليه مع من يتعامل معه .

وتعلق الدين بالذمة أصبح شائعاً في هذا العصر ، وذلك لكثرة الالتزامات وكثرة العقود التي تتيح للعاقد أن يتعامل مع الآخر بالدين.

والدين له أسباب كثيرة ، ومن أهم هذه الأسباب [١]:

١ ـ ما يكون سببه الشرع : كالزكاة والنفقة .

٢ ـ وقد يكون الدين بسبب فعل المكلف : كعقد البيع المؤجل، وعقد القرض ، والنذر ، والوصية ، والضمان .

٣ ـ وقد يكون الدين سببه فعل الغير : كفعل الصبي ، وتحمل العاقلة دية الخطأ ، والإكراه .

هذه أهم الأسباب ، التي ينشأ عنها الدين ، إلا أن الذي يخصنا: العقود التي ينشأ عنها الدين ، والتي يكون الدين فيها طرفاً ، وركنا

---

(١) دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي ، د. نزيه حماد ص ٤٦ ، نشر دار الفاروق جدة ١٩٩٠م ، رسالة ماجستير مقدمة من الطالب عصام العنزي بعنوان تعجيل الديون ص ٣٥ كلية الشريعة ، جامعة الكويت ، وبحث مقدم من د. محمد الزحيلي بعنوان : التأمين على الديون المشكوك فيها ، ص ٢١ بيت التمويل الكويتي .

أساسياً في العقد ، ومن أهمها: القرض ، والإجارة ، والكفالة بالمال ، والسلم ، والحوالة ، والاستصناع ، والزواج ، والخلع ، وغيره .

وهذه العقود قد يكون المعقود عليه معجلاً ، وقد يكون مؤجلا .

وهذا المؤجل قد يتحول إلى معجل ، وقد يتحول إلى شخص آخر .

ولكن ما هو الدين وكيف يتحول هذا الدين ؟

هذا ما سنتطرق إليه في المطلب التالي إن شاء الله :

المطلب الأول

تعريف الديـــن

ـ الدين لغــة [١]:

يطلق الدين في اللغة على معان عديدة منها :

١ ـ الانقياد والذل .

٢ ـ الطاعة والجزاء والحساب .

٣ ـ وقد يقصد به أحياناً القرض ، أو البيع إلى أجل .

ـ الدين اصطلاحاً :

الدين فـي استعمال الفقهاء لـه إطلاقـات عديـدة ، إلا أن أهمهـا إطلاقان : إطلاق عام ، وإطلاق خاص .

والإطلاق العام للدين هو : " لزوم حق في الذمـة "[٢] فكـل حـق لزم في الذمة سواء أكان حقاً مالياً ، أم غير مالي من الصلاة والزكـاة والصيام ، إذا وجبت هذه الأشياء ، لزمت في الذمة ، وأصبحت دينـاً يجب أداؤه أو قضاؤه .

أما الإطلاق الخاص للدين فهـو " يختـص بالمـال ، حيث ذهب الحنفية إلى أن الدين : " كل ما ثبت في الذمة من مــال معاوضـة ، أو إتلاف ، أو قرض "[٣].

---

(١) انظر : المصباح المنير ص ٧٨ ، القاموس المحيط محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ص ١١٩٨ ، ط. موسسة الرسالة ١٩٩٨م ، الكليات لأبي البقاء ص ٤٣٨.

(٢) انظر معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، د. نزيه حماد ص ١٦٤ ط. الدار العالمية للكتاب الإسلامي .

(٣) العناية شرح الهداية ٣٤٩/٩ ، لمحمد بن محمود البابرتي ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠٣/٢١ ، ودراسات في أصول المداينات ، د. نزيه حماد ص ١٠.

وذهب كل من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] : إلى أن الدين الخاص بالأموال هو : " ما ثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته ".

فالحنفية يرون أن الزكاة ، والدية ، وأرش الجناية ، غير داخلة في تعريف الدين ، والجمهور يدخلون كل ما لزم في الذمة من أموال.

والدين الذي يتعلق بذمة المدين له تقسيمات وأنواع عديدة [٤].

---

(١) منح الجليل شرح مختصر خليل ٣٦٢/١ ، القوانين الفقهية ص ١٠٤ .

(٢) نهاية المحتاج محمد شهاب الدين الرملي ١٠٣/٣ ط. دار إحياء التراث العربي ، ١٩٩٢م .

(٣) المغني ١٠٩/٥، دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي ، د. نزيه حماد ص ١٠ .

(٤) أنواع وتقسيمات الديون :

أولاً : باعتبار التعلق ينقسم إلى :

١ ـ دين مطلق : وهو الدين المرسل المتعلق بالذمة وحدها ، ولا يتعلق بنوع من المال .

٢ ـ دين موثق : وهو الدين المعلق بعين مالية ، تعتبر وثيقة له لإمكان استيفاء الدين منها ، كدين الرهن .

ثانياً : باعتبار قوته وضعفه ينقسم إلى :

١ ـ دين الصحة : وهو الذي شغلت به ذمة الإنسان حال صحته ، سواء ثبت ذلك بإقراره ، أو بالبينة ، ويلحق به الدين الذي لزمه في مرض الموت ، وكان ثبوته بالبينة .

٢ ـ دين المرض : وهو الدين اللازم بإقرار الإنسان وهو في مرض الموت .

ثالثاً : الدين باعتبار الدائن ينقسم إلى :

١ ـ دين الله تعالى : وهو كل دين ليس له من العباد من يطالب به على أنه حق له ، كصدقة الفطر ، وفدية الصيام .

٢ ـ دين العبد وهو كل دين ، له من العباد من يطالب به على أنه حق له ، كثمن المبيع ، وأجرة الدار .

رابعاً : الدين باعتبار الشركة فيه ينقسم إلى :

١ ـ دين مشترك : وهو ما كان سببه متحداً ، ويشترك فيه ، إثنان فأكثر ، كثمن بيع مشترك بين إثنين فأكثر .

والتقسيم الذي يهمنا في البحث ، هو تقسيم الدين باعتبار أداء الدين: فقد يكون الدين مؤجلا إلى أجل معلوم ، أو حالاً ، بحيث يجب على المدين أداء الدين متى طلب الدائن ذلك .

فالدين عقد لازم يلزم في ذمة المدين ، والدائن هو الذي يدفع المال ، والمدين هو الآخذ ، والذي تثبت في ذمته إرجاع المال المأخوذ .

فالدين بهذا التعريف يكون المراد به القرض .

والدين في الشريعة الإسلامية فيه نوع من التحول ، والتحول قد يكون من المدين بأن تتحول ذمته من الدين الذي عليه إلى ذمة رجل آخر ، وقد يكون التحول في نفس الدين إذا كان مؤجلاً ، فإنه يتحول إلى حال في بعض الصور .

والدين إذا تحول من شخص لآخر ، فإنما يتحول عن طريقين :

الأول : الحوالة .

الثاني: الكفالة .

وكلاهما تصرف ، صادر من مكلف ، وله حكمه الشرعي .

= ٢ ـ دين غير مشترك : وهو ما كان سببه مختلفاً لا متحداً ، كما لو أقرض إثنان كل منهما على حده مبلغا لشخص واحد .

خامساً : باعتبار السقوط وعدمه ينقسم إلى:

١ ـ الدين الصحيح : وهو الدين الثابت ، الذي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، كدين المقرض، والمهر المؤجل .

٢ ـ الدين غير الصحيح : وهو الذي يسقط بالأداء أو بالإبراء مثل الجعل قبل العمل ، ودين الصبي والسفيه .

وللمزيد ينظر : مجلة الأحكام العدلية مادة ١٠٦١ ، وشرح المجلة لسليم رستم ص ٦١٠ ، ط. دار إحياء التراث العربي ، ومرشد الحيران في المعاملات الشرعية ، محمد قدري باشا، مادة ١٦٩ ط. الأميرية بولاق ١٩٣٨م .

وأداء الدين إذا تحول من مؤجل إلى حال فإنما يتحول عن طريقين :

الأول : إسقاط الأجل .

الثاني : سقوط الأجل .

وكل من إسقاط وسقوط الأجل تصرفات تصدر من المكلف، وعليه يكون الدين ـ باعتبار تحوله من شخص لآخر ، وباعتبار تأخر الأداء وتقدمه ـ تصرفا شرعا له حكم شرعي يترتب عليه ويثبت في محله وهو ما سنبينه في الصفحات التالية.

وفيما يلي تفصيل ذلك :

المسألة الأولى
تحول الدين من شخص لآخر

ـ الحوالـــة :

الحوالة فى الاصطلاح هي : نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمـة أخـرى ، وهـذا تعريـف جمهـور الفقهـاء مـن الحنفيـة [١] والمالكيـة [٢] والشافعية [٣] والحنابلة[٤].

وعلى هذا التعريف فإن الدين الثابت في الذمة يتحول إلـى ذمـة رجل آخر ، وتسقط المطالبة من المدين الأول ؛ لأن ذمته التـي كـانت مشغولة بالدين ، أصبحت غير مطالبة به ؛ لتحول الدين لآخر .

هـذا وقـد ذهـب بعـض الحنفيـة إلـى أن الحوالـة : " هـي نقـل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة أخرى "[٥].

فالتحول في التعريف الأول يكون في الديـن نفسـه مـع المطالبـة به، وفي الثاني إنما تتحول المطالبة دون الدين .

---

(١) مجموع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١٤٦/٢ ، الاختيار لتعليل المختـار ٣/٣ ، والبدائع ١٦/٦.
(٢) التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي المـالكي ص ٤٤٢ .تحقيـق محمد ثالث سعيد الغاني . ط. دار الفكر .
(٣) مغني المحتاج ١٩٣/٢.
(٤) هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لعثمان أحمد النجـدي ص ٣٥٢ ، تحقيـق حسنين محمد مخلوف ، ط. دار البشير ١٩٩٨م ، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي ١١٥/٥.
(٥) الاختيار لتعليل المختار ٣/٣ ، درر الحكام ٥/٢.

حكم الحوالة :

والحوالة حكمها الجواز ، وقد جاء الشارع باستحبابها من قول النبي ﷺ " مَطْلُ الغَنيِّ ظلمٌ وإذا أتْبِعَ أحَدُكُمْ عَلى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ " [١]، حيث ذهب الجمهور إلى أن الحوالة مستحبة [٢].

وخالف الإمام أحمد [٣]، والظاهرية [٤] الجمهور حيث ذهبا إلى أن الأمر هنا للوجوب ، فقبول الحوالة وتحول الدين واجب عندهم، للأمر الوارد في وجوب قبولها .

ـ أحكام تحول الدين لآخر عن طريق الحوالة :

ومتى تمت الحوالة بأركانها وشروطها، [٥] ترتبت عليها أحكام خاصة بالتحول ، هي :

---

(١) رواه البخاري ، انظر فتح الباري ٤٦٤/٤ ، كتاب : الحوالة ، باب : هل يرجع في الحوالة ، حديث رقم (٢٢٨٧) .
ورواه مسلم ، كتاب: المساقاة ، باب: تحريم مطل الغني ، حديث رقم (١٥٦٤) ، ١١٩٧/٣.

(٢) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٧١/٤، والعناية شرح الهداية للبابرتي ٢٣٩/٧ . والتاج والإكليل لمختصر خليل ، لمحمد بن يوسف (المواق) ٢١/٧. ط. دار الكتب العلمية، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب ٩١/٥ . ومغني المحتاج للشربيني ١٨٩/٣ .

(٣) المغني ٣٣٩/٤ ، وكشاف القناع ٣٨٤/٣.

(٤) المحلى ، علي بن أحمد بن حزم ٣٩٢/٦ تحقيق أحمد شاكر ، ط. دار التراث .

(٥) أركان الحوالة أربعة :
١ ـ المحيل : وهو الشخص الذي أحال غيره ، فهو المدين ، وله شرطان :
أ) أن يكون أهلاً للعقد ، بأن يكون عاقلا بالغاً .
ب) رضاه : فلا تنعقد حوالة المكره .
٢ ـ الركن الثاني : المحال ، وهو الشخص الذي أخذ الحوالة ، فهو الدائن الذي له دين على المحيل ، وشرطه :
أ) أن يكون أهلا للتعاقد .
ب) الرضا .
جـ) القبول في المجلس .

أولاً : لزوم التحول وانتقال الدين أي : أن الدين الذي كان مطالباً به المحال تحول بمجرد تمام العقد صحيحاً إلى ذمة المحال عليه .

وذلك لأن الحوالة عقد لازم ، فمتى صحت لزم العقد ، ولزم ما شرعت لأجله ، فلا يصح رجوع أو فسخ أحد أطراف العقد ؛ ولزوم العقد معناه : لزوم ترتب آثاره : وأهم أثر الحوالة هو تحول الدين من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم .

ثانياً : براءة المحيل (١) بعد تحول الدين الذي كانت ذمة المحيل مشغولة بأدائه ، إلى ذمة المحال عليه ، تبرأ ذمة المحيل وتصبح غير مطالبة بأداء الدين الذي كان عليها .

فبراءة المحيل أثر من آثار الحوالة ، فلا يرجع المحال على المحيل بالمطالبة بالدين ، ولا تنشغل ذمة المحيل مرة أخرى بالدين نفسه إلا في بعض الحالات التي يرجع الدين فيها للمحيل .

= الركن الثالث : المحال به ، أو المحتال به ، وهو المال المحال ، وشرطه :

١ ـ أن يكون ديناً .

٢ ـ أن يكون لازما .

وللمزيد ينظر البدائع ١٦/٦ ، درر الحكام ٩/٢ ــ ١٠ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن رشد ٢٩٩/٢ ط. دار الكتب العلمية . والتهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ١٦٢/٤ ط. مكتبة عباس الباز مكة المكرمة ، والمعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ، للأستاذ أحمد أبو الفتح ص ٥٦٢ ط. البوسفور ١٩١٣م ، والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ١٦٥/٥ ــ ١٦٨ ط. دار الفكر ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٨٠/١٨.

(١) البدائع ١٧/٦ ، الاختيار لتعليل المختار ٤/٣ ، درر الحكام ٣٥/٢ ، مادة ٦٩٠ . قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزي ص ٣٣٨ ، تحقيق عبد الرحمن حسن محمود ، ط. عالم الفكر . والوسيط في المذهب. محمد بن محمد الغزالي ٢٢٢/٣، تحقيق محمد تامر ط. دار السلام ١٩٩٧م ، ومغني المحتاج ١٦٥/٢ ، وهداية الراغب ص ٣٥٣، وحاشية الروض المربع ١١٩/٥ .

وعن سبب براءة المحيل يقول الكاساني : " الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازماً فيها ، والشيء إذا انتقل إلى موضع لا يبقى في المحل الأول ضرورة " [١].

لكن زفر من الحنفية [٢] قال : بأن الحوالة لا توجب براءة المحيل حيث قاس الحوالة بالكفالة [٣].

والصحيح أنه متى تم عقد الحوالة برئ المحيل من الدين ومن المطالبة به ، وثبت للمحال حق مطالبة المحال عليه [٤].

ثالثاً : ثبوت مطالبة المحال عليه بالدين ، متى تمت الحوالة صحيحة ونافذة ، وبرئ المحيل من الدين الذي عليه لتحوله عنه ، وأصبح الدين واجب الاستيفاء من المحال عليه ، وثبتت ولاية مطالبة المحال على المحال عليه بالدين الذي في ذمته ، ولما رجحنا أن التحول الحاصل تحول الدين والمطالبة معاً أثبتنا للمحال حق المطالبة.

وذلك لأن الأصل ـ قبل الحوالة ـ أن يطالب في سداد الدين صاحبه أي المحيل ، فلما أسقط المحيل حقه من المطالبة ، بأن أحال غيره لاستيفاء الدين ، تحول الدين ، فكان لزاماً أن تتحول معه مطالبته ، حتى يستطيع المحال أن يستوفي حقه [٥].

---

(١) البدائع ٦/١٧ ـ ١٨ .

(٢) هو زفر بن الهذيل بن قيس بن مسلم العنبري ، أبو هذيل ، تفقه على يد الإمام أبي حنيفة حتى صار أكبر تلاميذه ، تولى قضاء البصرة حتى توفي فيها سنة ١٥٨هـ . انظر : سير أعلام النبلاء ٨/٣٨ ، والأعلام ٣/٧٩.

(٣) البدائع ٦/١٧ ـ ١٨ ، شرح فتح القدير ٧/٢٤١.

(٤) المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك ص ٢٠٢ ط. دار الأنصار . القاهرة ، والمعاملات في الشريعة الإسلامية ، أحمد أبو الفتوح ص ٥٦٣.

(٥) البدائع ٦/١٥ ، فتح باب العناية بشرح النقاية ، علي بن سلطان القاري ٢/٥١٠ ط. دار القلم ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٤٢ .

رابعاً : أن الدين بعد تحوله يبقى علىٰ صفته، فإن كان الدين مبلغاً معيناً ، فإنه لا ينقص ، ولا يزيد بالتحول ، وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً ، فإن الأجل يبقى حتى يحين موعد سداده . يقول الأستاذ أحمد إبراهيم بك : " والدين المحال به إما حال أو مؤجل ، وعلى كل فإنه يتحول على المحال عليه ، بصفته التي كان عليها وهو في ذمة المحيل ، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة ، ويدفع المحال عليه الدين المحال به معجلا ، وإن كان مؤجلاً تكون الحوالة به على المحال عليه مؤجلة ، ولا يلزم الدفع إلا عند حلول الأجل "(١).

ـ دراسة وتحليل :

وهكذا علمنا أن الدين يثبت سداده في ذمة المدين ، وللدائن مطالبته بإيفاء الدين ، إلا أن الدين والمطالبة به قد يتحولان لآخر ، وهذا التحول يكون عن طريق عقد الحوالة ، فمتى صح العقد ترتبت آثاره ، التي من أهمها : سقوط الدين عن الذمة المشغولة ، فلم تعد محتملة لذلك الدين ، ولا أحد يطالبها بسداد الدين الذي عليها ، لتحول الدين وحق المطالبة به إلى الآخر .

وبعد تدقيق النظر وإمعان الفكر في المسألة نجد أن التحول الحاصل للدين بالحوالة ثلاثة أنواع :

النوع الأول : تحول المدين .

النوع الثاني : تحول الدائن .

النوع الثالث : تحول الدين .

فهذه الأشياء الثلاثة كلها تتحول ويحصل فيها تحول .

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك ص ٢٠٢ .

فإذا تصورنا مثلاً : أن زيداً دائن ، وعمراً مدين لزيد ، وخالدا مدين لعمرو، فعمرو في نفس الوقت اجتمعت فيه صفتان كونه دائناً ومديناً . لأنه مدين لزيد ودائن لخالد .

وقبل الحوالة ، زيد ـ الدائن ـ يطالب عمراً ـ المدين ـ في إيفاء وأداء الدين الذي لزيد على عمرو ، ولكن بعد عقد الحوالة ، تحول المدين الذي هو عمرو وأصبح خالداً ، فزيد بعد التحول إنما يتوجه في المطالبة لخالد لا لعمرو ، وهذا نوع من أنواع التحول حيث تحول المدين المطالب بأداء الدين من شخص لآخر .

أما النوع الثاني : تحول الدائن :

فخالد في الأصل يطالبه عمرو بسداد دينه ، وبعد العقد تحول الدائن ـ أي المطالب الذي هو عمرو ـ وصار الدائن زيداً ، فيثبت لزيد حق مطالبة خالد ، فتحول الدائن من عمرو إلى زيد أو بالأحرى تحولت صفة الدائن من عمرو إلى زيد .

أما النوع الثالث : تحول الدين :

فبعد أن كان الدين مشغولاً بذمة عمرو أصبح مشغولاً بذمة خالد .

فهذه ثلاثة أنواع من التحول في عقد الحوالة ، نجد أن النوع الأول والثاني هو تحول المطالبة ؛ لأن المطالبة على وزن مفاعلة ، والمفاعلة تقتضي وجود طرفين لها ، والمطالبة لها طرفان دائن ومدين ، فالدائن هو المطالب ـ بكسر اللام ـ والمدين هو المطالب ـ بفتح اللام ـ وكل من المطالب والمطالب قد تحول مع تحول الدين أما النوع الثالث فهو تحول الدين من شخص لآخر. والله أعلم .

المسألة الثانية

تحول الدين بالكفالة

الكفالة هي : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة [(١)]:

وهي على نوعين :

إما كفالة بالمال ، والتي منها الكفالة بالدين .

وإما كفالة بالنفس .

والكفالة التي تخصنا هي الكفالة بالدين ، فإذا تمت كفالة الدين صحيحة ، فإن الكفيل الذي ضمن الدين تُشغل ذمته بدين الأصيل ــ أي المدين الأصيل أو المكفول عنه ــ ويلزمه أداء الدين كما يلزم الأصيل ، وجاز للمكفول له أن يطالب الكفيل بالدين وسداده كما يطالب الأصيل .

ومن قام منهما بإيفاء الدين صح وسقطت مطالبة المكفول له بسداد الدين، فإذا دفع الدين عن المكفول عنه ، حتى لو كان المكفول عنه موسراً وحاضراً . لم يرجع المكفول له ، إليه في المطالبة .

وذلك لأن سداد الدين يصح من الأصيل كما يصح من الكفيل ، أما إذا سدد الكفيل الدين عن طريق إذن الأصيل ، فللكفيل أن يرجع بمطالبة الأصيل.

ـ وقت تحول الدين بالكفالة :

بعد أن رأينا وتصورنا عقد الكفالة ، وكيفية انشغال ذمة الكفيل كانشغال الأصيل بها ، نجد أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم : هل يتحول الدين بعقد الكفالة إلى الكفيل أم لا ؟ وإذا جاز التحول متى يتحول الدين إلى الكفيل ويتعين عليه سداده ؟

---

(١) المبسوط ، محمد بن أحمد السرخسي ١٩/١٦٠.

في هذه المسألة نجد أن العلماء قد اتجهوا إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول :

قال إن الدين بمجرد انعقاد الكفالة يتحول إلى ذمة الكفيل، وللمكفول له أن يطالب الكفيل بالدين ، ولا يصح منه مطالبة الأصيل.

وأصحاب هذا الاتجاه: الظاهرية [١]، وابن أبي ليلى[٢] وابن شُبرمة[٣]. [٤]

واستدلوا لرأيهم : بالسنة والقياس والمعقول :

فمن السنة : ما رواه أبو سعيد الخدري ، قال : كنا مع النبي ﷺ في جنازة فلما وضعت قال : " هل على صاحبكم من دينٍ ؟ قالوا : نعم درهمان ، فقال : صلوا على صاحبكم " فقال علي ــ رضي الله عنه ــ : هي عليَّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله ﷺ فصلى عليه ، ثم أقبل على علي فقال : " جزاك الله خيراً عن الإسلام، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك ، فقيل : يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال : للناس عامة "[٥].

واستدلوا من السنة كذلك ، بما رواه الإمام أحمد في مسنده عن جابر ﷺ قال : توفي صاحب لنا فأتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه ،

---

(١) المحلى ١١٠/٨ ، مسألة رقم ١٢٢٩.

(٢) ابن أبي ليلى : هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، مفتي الكوفة وقاضيها ، أبو عبد الرحمن الأنصاري ، الكوفي ، ولد سنة نيف وسبعين ، انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ٣١٥/٦.

(٣) ابن شبرمة : هو عمارة بن القعقاع الضبي الكوفي ، روى عن أبي زرعة البجلي، ووثقه ابن معين ، انظر: سير أعلام النبلاء ١٤٠/٦.

(٤) المغني ٨٢/٥.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده ، حديث رقم (٧٨٨٦) ، ٢٩٠/٢ . ورواه الدارقطني في سننه ، في كتاب البيوع ، رقم (١٩٤)، ٤٦/٣ ، تحقيق عبدالله المدني . ط. دار المعرفة ، ١٩٦٦م . ورواه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب الضمان رقم (١١٣٩٩)، ١٢١/٦، ط. دار الكتب العلمية ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .

فخطا خطوة ثم قال : " أعليه دين " قلنا ديناران فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة فقال : الديناران علي فقال رسول الله ﷺ : " وجب حق الغريم وبرىء الميت منهما ؟ " قال : نعم ، فصلى عليه ، ثم قال بعد ذلك بيوم : " ما فعل الديناران ؟ قال: إنما مات أمس . ثم أعاد عليه بالغد قال : قد قضيتهما قال : " الآن بردت عليه جلدته " [١].

فوجه الدلالة من الآثار : أن المضمون عنه برىء بالضمان ، وهذا صريح من قول النبي ﷺ : " وبرىء الميت منهما "، فلو لم تبرأ ذمة الميت من الدين لما صلى عليه النبي ﷺ.

واستدلوا بالقياس : حيث قاسوا الكفالة على الحوالة ، وقالوا هما في الحكم سواء ، ولأن كلاً منهما فيه نقل للدين من ذمة إلى ذمة أخرى ، يقول ابن حزم : " فمن كان له على آخر حق مال ... فضمن له ذلك الحق إنسان ، لا شيء عليه للمضمون عنه ... فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه ، وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ، ... ولا يرجع الضامن على المضمون عنه " [٢].

واستدلوا من المعقول : حيث قالوا : الدين الواحد لا تنشغل به ذمتان ، ولا يحل الدين في محلين[٣].

فلما تبرع الكفيل بتحمل الدين بطيب نفس منه ، تحول الدين إليه ، وسقط عن الأصيل ، وعلى هذا الاتجاه : يسقط الدين من ذمة الأصيل ، ويتحمله الكفيل وحده ، والدائن يطالب الكفيل لا الأصيل لأن الدين تحول إليه .

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده برقم (١٤٥٧٦)، ٣/٣٣٠ ، والبيهقي في سننه الكبرى ، كتاب : الضمان ، باب : ما يستدل به على أن الضمان لا ينقل الحق ، برقم (١١٤٠١)، ٦/١٢٢.

(٢) المحلى لابن حزم ٨/١١١ .

(٣) المغني ٥/٨٢ .

الاتجاه الثاني :

رأى أن الدين لا يتحول عن الأصيل إلى الكفيل ، إلا إذا عجز الأصيل عن السداد ، وتعذرت مطالبته به ، فيتحول الدين بعدها إلى الكفيل ، ويطالب بسداده ويتعين الدين عليه .

وهذا الرأي حكي عن الإمام مالك (رحمه الله تعالى) في إحدى الروايتين [١]. فما دام المضمون عنه موسراً وحاضراً وتيسر الأخذ منه لا يرجع إلى الكفيل وإذا توفي الكفيل والأصيل موجود وحاضر وموسر ، يستطيع سداد دينه ، فإن الدين لا يتحول إلى تركة الكفيل ، وإنما يتحول بموت الكفيل إذا عجز الأصيل عن السداد ، أو كان معسراً ، ففي هذه الحالة يتحول الدين إلى تركة الكفيل ويسدد الدين من التركة ، والورثة يرجعون إلى الأصيل [٢].

الاتجاه الثالث :

وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] والقول الثاني للإمام مالك [٦] حيث قالوا :

إن عقد الكفالة هو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، فيحق للمكفول له أن يطالب الكفيل كما يطالب الأصيل .

---

(١) بداية المجتهد ٢٩٦/٢ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٩٢/٥ .

(٢) المراجع نفسها ، والمقدمات الممهدات محمد بن رشد القرطبي٣٧٨/٢ تحقيق محمد صبحي ، ط. دار الغرب الإسلامي .

(٣) البدائع ١٠/٦ ، البحر الرائق لابن نجيم ٣٤٢/٦ ، مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة للبغدادي ص ٢٦٩ ط. المطبعة الخيرية .

(٤) التهذيب للبغوي ١٧١/٤ ، الوسيط للغزالي ٢٤٧/٣ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢.

(٥) المغني ٨٢/٥ .

(٦) بداية المجتهد ٢٩٦/٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٣٧/٤ تحقيق محمد شاهين ، ط. دار الكتب العلمية ١٩٩٦م ، المقدمات الممهدات ٣٧٩/٢ .

لكن هذا الدين قد يتحول في بعض الصور فيكون الكفيل هو الوحيد المطالب بسداد الدين .

والفرق بين الاتجاه الثاني والثالث، أن الأخير يقول بانشغال ذمة الكفيل بعد تمام العقد ، وله تسديد الدين أو للمكفول له مطالبة الكفيل به ، بينما الاتجاه الثاني يرى : أن الدين لا يتحول إلا عند عجز المكفول عنه بالسداد ، والفرق دقيق لأنهما يجتمعان في حالة عسر الأصيل عن السداد ، ويفترقان في حالة يسره وقدرته على سداد الدين .

واستدل الجمهور [١] بما يلي :

١ ـ قول النبي ﷺ : " نفس المؤمن معلقة بدينه ، حتى يقضى عنه "[٢].

٢ ـ استدلوا بالحديث السابق عند قول النبي ﷺ : " الآن بردت جلدته".

ووجه الدلالة من الحديثين :

أن الدين لم يسقط عن الأصيل إلا بعد أداء الكفيل الدين، فدين الميت متعلق به حتى يسدد ، والسداد يكون من الكفيل بعد موت الأصيل .

٣ ـ أن المقصود من عقد الكفالة توثيق الدين لا نقل الدين ، والتوثيق إنما يكون بضم ذمة رجل آخر مع ذمة الأصيل . إذ ضم ذمتين آكد في الاستيثاق .

---

(١) البدائع ١٠/٦ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، المغني لابن قدامة ٨٣/٥ .

(٢) رواه الترمذي في سننه أبواب الجنائز ، باب نفس المؤمن معلقة بدينه رقم (١٠٧٨)، ٣٨٩/٣، وابن ماجه في سننه ، كتاب : الصدقات ، باب: التشديد في الدين ، برقم (٢٤١٣)، ٨٠٦/٢. والبيهقي في سننه الكبرى ، كتاب: التفليس ، باب : حلول الدين على الميت ، رقم (١١٠٤٨) ٤٩/٦.

الراجـــح :

والراجح في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل بأن عقد الكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة أخرى ، ويطالب كل من الأصيل والكفيل بالدين ويصح أداء الدين من الكفيل كما يصح من الأصيل، ويسقط الدين بسداد كل منهما .

وأن الدين يتحول من الأصيل إلى الكفيل ، ويجب على الكفيل سداد الدين في أحوال منها موت الكفيل ويكون السداد من تركته ، أو موت الأصيل وهو معسر .

وإذا مات الكفيل يتحول العقد بشرط عسر الأصيل عن السداد ، ولكن إذا كان الأصيل موجوداً وميسور الحال ويمكنه السداد، فإن الدين لا يتحول؛ جمعاً بين الاتجاهين الثاني والثالث .

هذا وقد رد الجمهور على الاتجاه الأول بما يلي:

١ ـ أن الضمان يفارق الحوالة ، لأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، فالذمتان يتعلق بهما ويثبت فيهما الدين .

أما الحوالة فهي من التحول ، وتقتضي تحول الدين إلى ذمة المحال عليه .

٢ ـ وأما قولهم إن الدين الواحد لا يحل في محلين ليس على إطلاقه ، إذ أن الدين يحل في محلين وتلتزم به ذمتان إذا كان على سبيل الاستيثاق ، كالدين إذا شرط فيه الرهن ، فإن استيفاءه يتعلق بالشيء المرهون وبذمة المدين ، وهذا جائز من باب الاستيثاق [(١)]، وخاصة أن الدين واحد لم يتعدد وإنما الذي حصل أن الذمة التي ستسدد الدين تعددت ، فبعد أن كانت ذمة المدين وحدها مشغولة بالدين انضمت إليه ذمة الكفيل ، ولا يوجد مانع من هذا وعليه يترجح ما قلناه والله أعلم .

---

(١) المغني ٨٣/٥ .

الصور التي يتحول فيها الدين تحولاً كاملاً عن طريق الكفالة :

أ ـ موت الكفيل [١]:

إذا انشغلت ذمة الكفيل بالدين ، وألزم نفسه ، تحمل الدين وسداده مع تحمل الأصيل معه ، فإن هذا التحمل أو الالتزام لا يسقط بموته أي : بموت الكفيل ، فإذا مات الكفيل وكانت عنده تركة ، فإن الدين يتحول من المكفول عنه إلى تركة الكفيل ، فيسدد من تركته ، وهذا نوع من التحول .

وقد ذهب جمهور الفقهاء[٢] إلى أن التحول يكون فور وفاته ، حتى لو كان الدين مؤجلا ، فإنه يتعجل ، ويسدد من التركة ، وللورثة بعدها مطالبة الأصيل ، إلا أن الأجل يبقى من حق الأصيل .

ب ـ موت الأصيل وهو معسر ، ولا تركة له :

فإذا مات الأصيل : فإن ورث تركة ، فالدين يسدد من تركته ، وإن لم تكن له تركة ووجد له كفيل فإن سداد الدين يتحول من الأصيل إلى الكفيل . ويطالب المكفول له الكفيل بالسداد [٣]. إلا أن الدين إذا كان مؤجلاً فبموت الأصيل معسراً لا يتعجل الدين على الكفيل، وإنما يطالب به وقت حلول الأجل [٤].

---

(١) انظر : شرح فتح القدير ١٧٠/٧ ـ ١٧١ ، مجمع الضمانات ص ٢٧٤ ، فتح باب العناية بشرح النقاية ٤٩٨/٢ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٤٩/٤، ونهاية المحتاج للرملي ٤٤٥/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، المغني لابن قدامة ٨٣/٥ ، وكشاف القناع ٣٧٤/٣ ، حاشية الروض المربع ١١٢/٥ ، وسبل السلام شرح بلوغ المرام ، محمد بن إسماعيل الصنعاني ٧٦/٣ ط. مكتبة الحياة .

(٢) المراجع السابقة نفسها .

(٣) فتح باب العناية بشرح النقاية ، حاشية الدسوقي على الشرح ٥٤٩/٤ .

(٤) التهذيب للبغوي ١٨٠/٤ ، الوسيط للغزالي ٢٤٨/٣ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢.

المطلب الثاني

تحول الدين المؤجل إلى حال

ـ تعريف الدين المؤجل :

الأجل في اللغة [١]:

يطلق الأجل على المدة المضروبة للشيء ، أو على الوقت المضروب في المستقبل .

ويطلق كذلك على غاية الوقت الذي كتبه الله في الأزل لانتهاء الحياة فيه، بقتل أو غيره ، قال تعالى : ﴿ فإذا جاء أجلهم لا يستأخرون ساعة ولا يستقدمون﴾ [٢].

ويطلق كذلك على حلول الدين ؛ لأنه يطلق على مدة الشيء التي ينتهي إليها ، قال تعالى : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ [٣].

أما التأجيل فهو تحديد أجل في المستقبل ، وذلك كتأجيل مطالبة الثمن إلى مضي الشهر مثلاً .

ـ الأجل في الاصطلاح :

" هو المدة المستقبلية المحققة الوقوع ، يبدأ أو ينتهي العقد عند حلولها "[٤].

---

(١) القاموس المحيط ص ٩٦٠ ، مختار الصحاح ص ٣ ، الكليات لأبي البقاء ٤٩ ـ ٥٠ ، كشاف اصطلاحات الفنون ١/١١٢ ، التوقيف على مهمات التعاريف معجم لغوي مصطلحي، محمد عبد الرؤوف المناوي ص ٣٧.

(٢) الأعراف : الآية ٣٤.

(٣) البقرة : الآية ٢٣٥ .

(٤) رسالة ماجستير مقدمة من الطالب/ عصام العنزي ، بعنوان : تعجيل الديون ، ص ١٢٦ .

فمثال ابتداء العقد بحلول الأجل: الوصية ، فإن ابتداء العقد مؤجل إلى حلول الموت .

ومثال انتهاء الأجل : الإجارة إلى مدة معينة ، فعند حلولها ينتهي العقد .

وعليه فالدين المؤجل :

" هو تعليق الدين، وتأخير السداد إلى وقت معين " (١).

والأجل في الدين أحد الأمور التي يرتفق بها المدين لسداد الدين الذي عليه، وذلك إذا أضاف سداد الدين إلى وقت مؤجل ، يحل بعد فترة من الزمن ، يظن فيها القدرة على سداد دينه ، فالأجل شرع رفقاً بالمدين وتيسيراً لحاجته.

وقد جاء في جواز الدين المؤجل(٢) قوله تعالى : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوه ﴾ (٣).

ويقول ابن عباس (رضي الله عنهما) مستشهداً بالآية : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى : أن الله أحله وأذن فيه "(٤).

---

(١) درر الحكام ١١٠/١ .

(٢) الأجل في الدين الأصل فيه الجواز ، إلا أنه قد تعتريه بعض الأحكام الأخرى مثل:
١ ـ الحرمة : أي حرمة الأجل . وذلك في ربا اليد وربا النسيئة .
٢ ـ الوجوب : أي وجوب كون الأجل واجبا ، وذلك في السلم لأنه بيع موصوف في الذمة ويعرفه الجرجاني بأنه : " اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا والمثمن آجلا .
يقول الزركشي في المنثور : ليس في الشريعة دين لا يكون إلا مؤجلاً إلا الكتابة والدية ، وليس فيها دين لا يكون إلا حالا إلا في القراض ، ورأس مال السلم وعقد الصرف والربا في الذمة.." انظر المنثور في القواعد ١٥٩/٢.

(٣) سورة البقرة : الآية ٢٨٢ .

(٤) مختصر تفسير ابن كثير ٢٥٢/١ ، اختصار محمد على الصابوني ط. دار القرآن الكريم ، الكويت.

فالدين إذا ضرب فيه الأجل ، ورضي به كل من الدائن والمدين يجب على الدائن الالتزام به ، ولا يطالب الدائن المدين قبل حلول الأجل ، لأن الأجل وضع لحاجة المدين .

وجاء في مرشد الحيران : " كل دين صح تأجيله ، فأجّله صاحبه او قسطه إلى أقساط معلومة ، وقبل في ذلك المدين ، لزم تأجيله ، وليس للدائن بعد ذلك الرجوع في الأجل أو التقسيط ، ولا مطالبة المديون بالدين أو القسط قبل حلول أجله " [١].

وإذا ضرب الأجل ورضي به الدائن والمدين ، فعلى الأول ألا يطالب بالدين إلا وقت حلول الأجل ، وعلى الثاني أن يؤدي الدين إذا حل أجله .

إلا أن الأجل المشروع في الدين قد يتحول إلى حال ، ويسقط الأجل ، ولا عبرة به وقتئذ ، وتحل المطالبة وسداد الدين ، وتحول الدين المؤجل إلى حال قد يكون بإسقاط الأجل ويكون ذلك :

- إما من قبل الدائن والمدين معاً .
- وإما من الدائن فقط .
- وإما من المدين .

وقد يكون بسقوط الأجل ، وصوره كثيرة إلا أنا نقتصر على أهمها، وهي التي تكون عن طريق :

١ ـ الموت .
٢ ـ الردة .
٣ ـ الإفلاس .

وسنتناول بالدراسة هاتين المسألتين : تحول الدين المؤجل إلى حال بإسقاط الأجل ، ثم بسقوطه .

---

(١) مرشد الحيران ، قدري باشا ، ص ٥٣ مادة (٢١١).

المسألة الأولى : تحول الدين المؤجل إلى معجل بإسقاط الأجل :

إسقاط الأجل له صور كثيرة ومتعددة ؛ لأن الإسقاط ــ كما ذكرنا سابقاً ــ قد يكون من قبل الدائن والمدين ، وذلك بتراضيهما ، وقد يكون الإسقاط من قبل الدائن فقط ، وقد يكون من قبل المدين فقط .

١ ــ إسقاط الدين من قبل الدائن والمدين بتراضيهما :

لما وضع الأجل برضا كل من الدائن والمدين ، جاز لهما إسقاط الأجل برضاهما .

وهذا مما اتفق عليه جمهور الفقهاء في أن الدين المؤجل إذا اتفق المتعاقدان على إسقاط أجله ، فإن الأجل يسقط ويحل الدين المؤجل .

إلا أن الزركشي نقل خلاف ذلك ، فقال : " الدين المؤجل يحل بانقضاء الأجل ، ولو اتفق المتعاقدان على إسقاط الأجل لم يسقط في الأصح " (١).

إلا أن الرضا لما كان له دور في إنشاء العقود وإتمامها على الصحة ، كذلك يكون للرضا دور في إسقاط العقود ، أو إسقاط حق من حقوق العاقدين برضاهما ، والأجل قلنا : إنه حق ، والحق يجوز إسقاطه ، وخاصة إذا وجد الرضا من قبل صاحبه (٢).

٢ ــ إسقاط الأجل من قبل المدين :

لما شرع الأجل رفقاً بالمدين ، جعل الأجل حقاً له ، وصاحب الحق يجوز له إسقاط حقه ، فجاز للمدين إسقاط الأجل الذي شرع من أجله .

---

(١) المنثور في القواعد ٢/١٥٨ .

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢/٤٤ .

وهـذا ممـا اتفـق عليـه الفقهـاء مـن الحنفيـة[١] والمالكيـة[٢] والشافعية[٣] والحنابلـة[٤] ، فقد اتفقـوا علـى أن المدين لـه سداد دينـه المؤجل قبل أن يحل وقت الأجل ، فإذا جاء المدين قبـل حلـول الأجـل وسدد الدين الذي عليه تحول الدين المؤجل إلى حال، ويسقط الأجـل ، ويجب على الدائن أخذ الدين الذي له ، وعليه تبرأ ذمة المدين لسداد ما عليه .

فقد جاء في مرشد الحيران : " إذا كـان الدين مؤجـلا فللمديـون أن يدفعه قبل حلول الأجل ، ويُجْبر الدائن على القبول " [٥].

فإذا سدد المدين الدين الذي عليه تحول الدين إلـى حـال وسـقط الأجل ، ويجب على الدائن أن يقبل ذلك ، إلا أن الدائن لا يجبر علـى قبـول الدين إذا وجـد فيـه ضـرراً عليـه ، وهـذا مـا قالـه المالكيـة[٦] والشافعية [٧] والحنابلة[٨] .

ومثال الضرر المحتمل الذي يمنع تحول المؤجل إلى معجل :

أ ـ أن يؤدي الدين في مكان مخوف يخاف منه سرقة الدين .

ب ـ أو أن يكون التسليم في وقت كساد ، وعدم رواج .

---

(١) البدائع ٣٩٦/٧ ، درر الحكام ٢٣٠/١ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٥/٤ ، دار الكتب العلمية ، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٠٧/٦.

(٣) مغني المحتاج ١١٦/٢ ، الاشباه والنظائر عبد الوهاب بن علي السبكي ٢٦٧/١ ـ ٢٧٠ تحقيق عادل عبد الموجود وعلي محمد عوض ، ط. دار الكتب العلمية .

(٤) المغني ٣٤٦/٤ ، وكشاف القناع ٣٠١/٣ .

(٥) مرشد الحيران ، مادة (٢١٢) ص ٥٢ .

(٦) شرح الخرشي ١٠٦/٦ ـ ١٠٨.

(٧) مغني المحتاج ١١٦/٢ .

(٨) المغني ٣٧٥/٤ .

جـ - أو أن يكون في مكان ووقت يحتاج لنقله أو تسلمه مؤنة أو تكلفة تكون فوق طاقة الدائن .

ولما كان الأجل مشروعا لمصلحة الدائن والمدين جاز للدائن عدم قبول السداد للمصلحة ولرفع الضرر الواقع به ، فإذا لم يوجد وقت سداد الدين ضرر بالدائن وجب عليه القبول ؛ لأن سداد الدين المؤجل قد تحول إلى معجل.

٣ - إسقاط الأجل من قبل الدائن :

التأجيل الذي يجوز في العقود ، بحيث يصبح الثمن أو المعقود عليه ديناً في الذمة، له حالتان :

- إما أن يكون من قبل العاقدين : بالتراضي في بداية العقد ، أي أن العقد منذ إنشائه جعل فيه الأجل ، فإن حق الأجل في هذه الصورة يملكه المدين ، فله إسقاطه وتعجيل السداد، وله الانتظار إلى وقت حلول الأجل ، والدائن إنما يملك حق رفض التعجيل إذا حصل له ضرر بالتعجيل كما علمنا .

- وإما أن يكون التأجيل بعد إنشاء العقد وتمامه .

ومعنى هذا أن الأصل في العقد : سداد الثمن على الفور ، وأنه لا أجل في العقد ، ففي البيع مثلاً : على البائع أن يعطي المبيع على الفور، وعلى المشتري تسديد الثمن على الفور كذلك ، إلا إذا اتفق العاقدان على تأجيل سداد الثمن الذي هو من حق البائع ، ويكون البيع مؤجلاً ، فيجوز له ذلك . وعليه يكون الثمن مؤجلاً إلى أجل معلوم ويكون البائع دائناً والمشتري مديناً .

ولما كان الثمن في الأصل من حق البائع ، إلا أنه قام بالموافقة على تأجيل سداد الثمن ، فهل يصح له - أي:للبائع الذى أصبح دائناً - إسقاط الأجل بعد الموافقة عليه باعتبار الأصل - أي:حلول الثمن - وباعتبار الحق الذي كان يملكه وعليه يتحول الدين المؤجل إلى حال ؟

أم لا يصح ذلك ؟ لأنه لما أسقط حقه ، لم يعد مالكاً للحق السابق ، فلا يمكن له الرجوع إليه ؟

نجد الفقهاء في هذه المسألة على اتجاهين :

الاتجاه الأول :

رأى أن البائع بعد تمام العقد،إذا أجل الثمن إلى أجل معلوم فإنه يلزمه ذلك الأجل ، ولا يحق له إسقاط الأجل ، ولا يتحول الدين المؤجل إلى حال حتى لو كان الأجل مما اتفق عليه العاقدان بعد تمام العقد .والقائل به كل من:الحنفية[١] والمالكية[٢].

وذلك لأن الأصل حلول الأجل، والثمن ملك للبائع ، فله أن يؤخر الثمن بتأجيله، ولما أخر ، أصبح الأجل للمشتري ـ المدين ـ وليس من حق البائع ـ الدائن ـ وذلك لأن البائع له إبراء المشتري من الثمن أصلاً ، فإذا أبرأه من الثمن لا يحق للبائع الرجوع والمطالبة بالثمن مرة أخرى .

لذا من باب أولى أن يصح ابراء المشتري من سداد الثمن مؤقتاً، بأن يؤجل سداد الدين ، فإذا أجله فلا يحق له الرجوع ؛ قياسا على الإبراء من الثمن ؛ لأن كلا من الثمن والحلول فيهما إبراء .

قال أبو جعفر الطحاوي[٣] : " تأجيل المال الحال بمنزلة الزيادة في ثمن المبيع، وقد ثبت عندنا ذلك فوجب أن يكون التأجيل مثله ،

---

(١) شرح فتح القدير لابن همام ٥٢٢/٦ ـ ٥٢٣ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٨٢/٢ ، البناية شرح الهداية للعيني ٣٣٤/٧ ، درر الحكام ٢٦٨/١ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٦٦/٤ ـ ٢٦٧ ، وشرح الخرشي ١٢/٦ .

(٣) الطحاوي : هو أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، أبو جعفر ، فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر (ت ٣٢١هـ) له مؤلفات منها : شرح معاني الآثار وأحكام القرآن ومناقب أبي حنيفة وغيرهما. انظر الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ٢٧٢/١ ، والأعلام ٢٠٦/١.

كأنه من أصل العقد"[١].

وعلى هذا القول يصبح الأجل لازماً ، للدائن ولا يحق له إسقاطه .

الاتجاه الثاني :

قال إن العقد إذا كان حالاً ، فإنه يجوز أن يؤجل الثمن فيه ، إلا أن هذا التأجيل غير ملزم ، أي يحق للبائع ـ الدائن ـ المطالبة به في أي وقت شاء .

فإن التأجيل لا يلزم صاحبه ، لأن التأجيل إنما هو وعد بالتأخير ، فللدائن حق الرجوع وإسقاط الأجل ، وبه يتحول الدين المؤجل إلى حال بإسقاط الأجل .

والقائل بهذا الرأي كل من زفر من الحنفية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة [٤]. يقول الإمام الشافعي : " ولو كان له على رجل حق حال من بيع أو غيره ، فأجله مدة، كان له أن يرجع متى شاء ؛ وذلك أنه ليس بإخراج شيء من ملكه ، ولا أخذ منه عوضاً فيلزمه "[٥].

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعُقُودِ ﴾ [٦].

---

(١) مختصر اختلاف العلماء ، أحمد بن علي الجصاص ٢٧٤/٤ تحقيق عبد الله نزير أحمد ، ط. دار البشائر.

(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي ٥٢٣/٦ .

(٣) مختصر المزني في فروع الشافعية ، إبراهيم بن يحيى المزني ص ١٢٥ تحقيق محمد عبد القادر شاهين ، ط. دار الكتب العلمية ، والمجموع للنووي شرح المهذب للشيرازي ٤١٣/٩ ، دار إحياء التراث العربي .

(٤) كشاف القناع ٣١٦/٣.

(٥) مختصر المزني ص ١٢٥ .

(٦) سورة المائدة : الآية ١ .

ووجه الدلالة أنه لو صح أن يغير حكم العقد لما لزم الوفاء بما يقدم من العقد [١]، ولأن التأجيل لم يحل بعد وإنما هو وعد والوعد لا يلزم عندهم [٢].

هذه تقريباً الصور التي يتحول فيها أداء الدين المؤجل إلى معجل عن طريق إسقاط الدين .

وكما يتحول الدين إلى معجل بالإسقاط فإنه يتحول كذلك بالسقوط ؛ وكما يتحول الدين إلى معجل بالإسقاط ، فإنه يتحول بالسقوط .

---

(١) الحاوي الكبير شرح مختصر المزني ، علي بن محمد الماوردي ٣٥٩/٥ ط. دار الكتب العلمية .

(٢) المجموع للنووي ٤١٣/٩ .

المسألة الثانية : تحول الدين المؤجل إلى معجل بالسقوط :

ويكون ذلك بسقوط الأجل لسبب من الأسباب .

بداية يجب أن نبين : أن الفقهاء قد اتفقوا على:أن الدين المؤجل لا يصير حالاً في الأحوال التالية [١]:

أ ـ الإغماء ، سواء إغماء الدائن أم إغماء المدين .

ب ـ الجنون ، سواء جن الدائن أو المدين .

جـ ـ موت الدائن .

د ـ إفلاس الدائن.

أما الأحوال التي يحل فيها الدين : فمنها موت المدين ، والردة، والإفلاس ، وفيما يلي التفصيل :

١ ـ تحول الدين المؤجل إلى حال بالموت [٢]:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة وانقسموا إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول :

رأى أن الدين إذا كان مؤجلاً ، فسداد الدين المؤجل يتحول إلى حال بموت المدين ، ولا يتحول إذا مات الدائن .

وذهب إلى هذا الاتجاه جمهور الفقهاء من الحنفية [٣]وهـــــو

---

(١) انظر : بيع التقسيط ، تحليل فقهي واقتصادي ، د. رفيق يونس المصري ص١٠٣، ط. دار القلم ، دمشق، ١٩٩٧م / ١٤١٨هـ .

(٢) الموت هنا قد يكون عن طريق خروج الروح طبيعياً عند حلول وقت الوفاة ، وقد يكون عن طريق القتل .

(٣) الفتاوى : تنقيح الحامدية مع الفتاوى الخيرية على مذهب الإمام أبي حنيفة لابن عابدين ٢/٢٥٠ ط. المكتبة الحبيبية ، باكستان ، مختصر اختلاف العلماء اختصار الجصاص ٤/٢٧٥ ، البدائع ٥/٢١٣، مرشد الحيران ص ٥٣ مادة (٢١٤).

المشهور عند المالكية[١]، والشافعية [٢]، ورواية عند الحنابلة [٣]، والظاهرية [٤].

جاء في مرشد الحيران مادة ٢١٤ : " الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المديون " .

واستدل أصحاب هذا الاتجاه لرأيهم بالسنة والمعقول :

١ ـ ما روي عن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي ﷺ قال : إذا مات الرجل وله دين إلى أجل، وعليه دين إلى أجل ، فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله"[٥].

فالحديث صريح أنه بموت المدين، يتحول الدين المؤجل إلى حال دون موت الدائن .

٢ ـ وما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : " نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يُقضَى عنه " [٦].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٠/٤ ، التلقين في الفقه المالكي ص ٤٢٧، المقدمات الممهدات ٣٣٨/٢ ، شرح الخرشي ١٨٤/٦ ، بداية المجتهد ٢٨٦/٢.

(٢) روضة الطالبين ١٠٨/٦ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٤٤٥/٤ ، حاشية إبراهيم الباجوري على ابن القاسم ٣٦٧/١ ط. مؤسسة البابي الحلبي .

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ، لأبي محمد عبد الله بن قدامة ٢٣١/٢، تحقيق زهير شاويش ، ط. المكتب الإسلامي ، والمبدع في شرح المقنع ، إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي ٣٢٦/٤، ط. المكتب الإسلامي .

(٤) المحلى ٤٧٦/٨ مسألة ١٢٠٦ .

(٥) رواه البيهقي : " وروى في حلول الدين على الميت عن ابن عمر مرفوعاً وعن زيد بن ثابت موقوفاً ، وقال: " إنهما ضعيفان" انظر: السنن الكبرى ٤٩/٦ ، وقد استدل به الشيرازي في مهذبه في كتاب التفليس فصل تعلق الديون بالمال ٢٦٨/٣ ، تحقيق د. محمد الزحيلي .

(٦) تقدم تخريجه ص١٢٠.

ووجه الدلالة من هذا الحديث :

أن الأجل إنما شرع رفقاً لمن عليه الدين والرفق بالميت إنما يكون بقضاء الدين عنه حتى تبرأ ذمته ، فإذا كان الدين مؤجلاً ، فمن الرفق بالميت أن يتحول المؤجل إلى حال ، ويقضى دينه وتنفك نفسه المرهونة بدينه [١]، ومن جهة أخرى فإن تحول الدين إلى المعجل فيه مصلحة للورثة كذلك ، ففي حلول الدين تعجيل في أخذ حقه من الميراث ؛ لأن الوارث لا يأخذ شيئاً في الميراث إلا بعد قضاء الديون والوصايا ، وإذا قلنا: إن الدين لا يسدد إلا في وقته وهو عند حلول أجله ، فقد وجد ضرر كبير يلحق الورثة ، لأنهم ينتظرون حلول أجل الديون وسدادها حتى توزع التركة .

وهذا تطبيق لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أو دَيْن ﴾ [٢].

ويقول ابن رشد : " وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين : إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالاً .

وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم " [٣].

فتعجيل الدين من مصلحة الدائن والمدين والورثة ، فكان تعجيل وحلول الأجل من الضرورة ، مراعاةً لمصلحة الكل .

---

(١) المهذب للشيرازي ٢٦٩/٣.
(٢) سورة النساء : الآية ١١ .
(٣) بداية المجتهد ٢٨٦/٢ ، وانظر كذلك الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي فى تفسير الآية السابقة ٧٢/٥ ط. دار الكتب ، ، شرح الخرشي ١٨٤/٦، والمهذب للشيرازي ٢٦٩/٣ .

ويعلل ابن قدامة حلول الدين بالموت بقوله : " لأنه لا يخلو : إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة أو يتعلق بالمال ، ولا يجوز بقاؤه في ذمة الميت ؛ لخرابها وتعذر مطالبته بها ، ولا ذمة الورثة ؛ لأنهم لم يلتزموها ، ولا رضي صاحب الدين بذممهم ... ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله ؛ لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه " [١].

ومن المعقول :

١ ـ أن الأجل إنما جعل رفقاً للمدين حتى يستطيع سداد الدين ، عن طريق كسب الرزق والسعي فيه ، ولما ذهبت الحكمة من الأجل بالموت رجع الدين إلى أصله وهو السداد على الفور ، وعدم التأجيل فيه .

٢ ـ أن الأجل حق من حقوق المدين فهو المالك للأجل دون الدائن ، والمطالبة بسداد الدين حق من حقوق الدائن ، فإذا توفي صاحب حق الأجل بطل أجله ، وبقي الدائن يطالب بسداد الدين ، ولما بطل الأجل حل الدين .

يقول الكاساني : " الأصل في هذا أن موت من عليه الدين يبطل الأجل ، وموت من له الدين لا يبطل؛ لأن الأجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه "[٢] .

هذا ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ، وهو أن الدين المؤجل يتحول إلى معجل بموت المدين دون الدائن [٣].

---

(١) المغني ٥٢٦/٤ .

(٢) البدائع ٢١٣/٥ .

(٣) هذا القول ليس على إطلاقه ؛ لأن المالكية يستثنون بعض الصور من تحول المؤجل إلى معجل، فيقولون:إن الدين المؤجل لا يحل بالموت في صور منها : =

الاتجاه الثاني :

وذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى أن الدين المؤجل لا يتحول بالموت إلى المعجل، إذا وثقه الورثة أوغيرهم برهن أو كفيل مليء ، فإذا مات الدائن أو المدين لا يحل الدين لوجود التوثيق.

وهذا الرأي هو المقابل للمشهور عند المالكية[١]، وهو المشهور عند الحنفية والراجح عندهم [٢].

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ ـ أن الأجل كما يثبت للحي ، يثبت للميت ، فهو حق من حقوق الحي والميت ، فلا يبطل الأجل بالموت ، والرسول ﷺ بين أن:" من ترك حقاً أو مالاً فلورثته "[٣]، والأجل حق فهو يورث.

٢ ـ كما قاسوا الميت بالفلس . حيث يبقى الدين في ذمة الميت كما كان، ويتعلق بعين مال الميت كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس وقت الحجر عليه ، يقول ابن قدامة بعد ذلك : " فإن أحب الورثة أداء

= ١ ـ إذا قتل الدائن المدين ، وذلك للقاعدة الفقهية " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه".

٢ ـ إذا اشترط المدين على الدائن ألا يحل الدين المؤجل الذي عليه بوفاته .

وكذلك الشافعية استثنوا بعض الصور تراجع في مظانها .

انظر شرح الخرشي ١٨٤/٦ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣١/٤، والمنثور للزركشي ١٥٨/٢.

(١) شرح الخرشي ١٨٤/٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣١/٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٥٢٦/٤ ، المبدع ٣٢٦/٤ ، الكافي ٢٣٠/٢ ، كشاف القناع ٤٣٨/٣.

(٣) هذا الأثر يستدل الفقهاء في كتبهم كابن قدامة في المغني ص٤ ، ٢٨٢، وابن مفلح في المبدع ٢١/٦ وغيرهما ، وقد بحثت عنه في كتب الحديث فلم أجد الزيادة التي جاء بها الفقهاء وهي "من ترك حقاً " . وقال الإمام ابن حجر العسقلاني عن هذه الزيادة : " أورده الشافعي بلفظ "من ترك حقاً " ولم أره كذلك ". انظر التخليص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير. أحمد ابن علي العسقلاني ١٢٥/٣، ط. مؤسسة قرطبة .

الدين والتزامه للغريم ويتصرفون في المال، لم يكن لهم ذلك إلا أن يرضى الغريم ، أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه ... "[١].

الاتجاه الثالث :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الأجل لا يحل بالموت مطلقا، وإن لم يوثق الورثة الدين . وهو قول عند الحنابلة [٢].

الراجـــح :

والراجح من هذه الاتجاهات هو قول الجمهور : إن الأجل في الدين يتحول إلــى حال بموت المدين دون الدائن ، لأن الحكمة من ضرب الأجل للمدين هي الرفق به، فلما توفي اختلفت الحكمة ، فمن الأرفق بالميت التعجيل في سداد الدين . وعليه يتحول الدين المؤجل إلى حال بوفاته .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى نجد مصلحة الدائن أو الورثة تقتضي تعجيل الدين ، فلما اجتمعت المصالح لكل من : المدين أي الميت ، والدائن ، والورثة .

تحول الدين المؤجل إلى حال :

هذه هي الصورة أو الحالة الأولى التي يتحول فيها الدين المؤجل إلى معجل، أما الصورة الثانية فهي :

---

(١) المغني ٥٢٧/٤.

(٢) ذهب إلى هذا القول طاووس والزهري ، ورجحه أبو محمد ابن الجوزي من الحنابلة ، انظر: المبدع شرح المقنع ٣٢٦/٤ ، المغني ٥٢٧/٤ ، والإنصاف للمرداوي ٣٠٧/٥.

٢ ـ تحول الدين المؤجل إلى حال بالردة :

تكلمنا عن الموت الحقيقى : وهو مفارقة الروح البدن على وجه الحقيقة واليقين .

وهناك موت حكمي وله صور منها : أن يرتد المسلم عن الإسلام ـ والعياذ بالله ـ ثم يلتحق بدار الحرب ، فهذا يعتبر ميتاً حكما [(١)].

فإذا جعلنا الردة في حكم الموت قلنا بتعجيل ديون المرتد .

وقد اتفق الفقهاء على أن المرتد إذا تاب ورجع إلى الإسلام فإن ملكه السابق يرجع إليه ويملكه كما كان سابقاً ، وكذلك مما اتفق عليه الفقهاء أن المرتد إذا لم يرجع إلى الإسلام فله ثلاثة أحوال :

أ ـ إما أن يموت .

ب ـ أو يقتل .

جـ ـ أو يلحق بدار الحرب .

فالموت والقتل تكلمنا عنهما فيما سبق ، ورجحنا تحول الديون المؤجلة إلى حالة، إذا مات المسلم فمن باب أولى المرتد .

وإذا ما لحق المرتد بدار الحرب فإنه يأخذ حكم الميت لأنه موت حكماً . فإذا حصلت أى من الأمور الثلاثة الماضية تحول الدين من المؤجل إلى الحال .

إلا أن الفقهاء اختلفوا في وقت تحول الدين المؤجل إلى حال : هل من بداية الردة أم من بعد الموت أم بلحوق المرتد بدار الحرب .

اختلف الفقهاء في ذلك وذهبوا إلى اتجاهين :

---

(١) العوارض الأهلية ، حسن جبوري ص ٣٢٨ ط. جامعة أم القرى .

الاتجاه الأول :

ذهب إلى أن المرتد لا يزول ملكه بمجرد الردة ، وإنما يزول ملكه إما بموته أو بلحوقه بدار الحرب .

أما قبل ذلك فكل ما يملكه يظل في ملكه . وذلك لأن الردة لا تذهب الأهلية ولا تنقصها .

وذهب إلى هذا الاتجاه كل من الصاحبين من الحنفية[١]، والمالكية[٢] في مقابل المشهور عندهم ، والشافعية [٣]، ورواية عند الحنابلة هي المذهب[٤] .

الاتجاه الثاني :

رأى أن مجرد الردة تجعل الدين معجلاً، ويتحول الدين المؤجل إلى حال ، ويحجر على أموال المرتد ، وتكون أمواله موقوفة حتى يتبين حاله ، أي أن المرتد تتوقف ديونه المؤجلة على حسب ما تؤول إليه حاله ، فإن أسلم عاد إليه ماله ، وإن مات أو قتل فإن الدين المؤجل نعلم أنه قد تحول من وقت الردة إلى حال .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ١٤٧/٤ ، البدائع ١٣٨/٧ ـ ١٣٩ ، ومختصر اختلاف العلماء ، ٥٠٧/٣ للجصاص .

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل ٢١٧/٩ ، شرح الخرشي ٢٦٣/٨.

(٣) السراج الوهاج شرح المنهاج لمحمد الزهري الغمراوي ص ٥٢١ ط. مصطفى البابي الحلبي، أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ١٢٣/٤ ، وإخلاص الناوي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي ، إسماعيل المقري ١٣٧/٤، ط. دار الكتاب الإسلامي القاهرة .

(٤) الكافي ١٦١/٤ ، المغني ٧٩/١٠ ـ ٨٠ ، وكشاف القناع ١٨١/٦.

وذهب إليه كل من الإمام أبي حنيفة [١]، والمالكية في الراجح عندهم [٢]، ورواية عند الحنابلة [٣].

واستدلوا بأن الردة توجب القتل ، والقتل يؤدي إلى الموت ، فالمرتد في حكم الميت ، وإذا مات الإنسان تعجل الدين الذي عليه ، إلا أن انتقال المال والملكية وإمضاء التصرفات كلها موقوفة ، حتى يتبين حاله فإن قتل أو مات، علمنا أن التحول حاصل من وقت الردة، وإن أسلم عاد إليه ما كان في ملكه .

٣ ـ تحول الدين المؤجل إلى حال بالإفلاس :

الإفلاس : مصدر أفلس يفلس إفلاساً ، فهو مفلس .

وهذا المصطلح يطلقه الفقهاء على الشخص الذي غطى الدين أمواله ، فصار الدين الذي عليه أكثر من الأموال التي يملكها [٤].

ومعنى هذا أن الفلس مصطلح يطلق على الذي لا يملك مالاً ولا ما يدفع به حاجته ، ويطلق أيضاً على الذي يملك مالاً كثيراً ، إلا أن المال الذي يملكه يغطيه الدين الذي عليه ، فهو في الأصل للدائنين .

يقول ابن قدامة : " وسموه ـ أي الفقهاء ـ مفلساً ، وإن كان ذا مال ؛ لأن ماله يستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم " [٥].

---

(١) البدائع ١٣٨/٧ ـ ١٣٩ .

(٢) التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب ٤٩٢/٢ ، منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل لمحمد عليش ٢١٧/٩ ط. دار الفكر ، شرح الخرشي ٢٦٣/٨.

(٣) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٤١٢/٧ ، كشاف القناع ١٨١/٦ ـ ١٨٢ ، المغني ٧٩/١٠ ـ ٨٠ ، الكافي ١٦١/٤.

(٤) انظر : شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٤١٧/١. والنظم المستعذب في تفسير غريب المهذب ، لابن بطال ٢٦٦/١ تحقيق مصطفى عبد الحفيظ سالم ، ط. المكتبة التجارية ، المطلع على أبواب المقنع للبعلي ص ٢٥٤ ط. المكتب الإسلامي .

(٥) المغني ٤٩٣/٤ .

والمدين المفلس الذي غطى الدين جميع ماله ، أو أصبح لا يملك مالاً يسد به حاجته ودينه ، إذا جاء الحاكم وحجر عليه لإفلاسه، فالدين المؤجل الذي عليه ، هل يحل بحكم الحاكم عليه بالحجر للإفلاس أو لا ؟

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول :

ذهب إلى أن الدين المؤجل لا يحل على المفلس إذا حجر عليه، ولا يتحول الدين المؤجل إلى حال لسبب الإفلاس .

والقائل به الحنفية[١] والمالكية في قول لهم[٢] ، والشافعية[٣] في الأظهر عندهم والحنابلة [٤]، والظاهرية [٥].

واستدلوا لرأيهم بما يلي [٦]:

١ ـ قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [٧].

ووجه الدلالة من هذه الآية : أن الله تعالى رَغَّبَ الدائن أن يؤخر المطالبة بالدين الذي على المدين إذا أعسر ، فيستحب أن ينظر الدائن المدين المعسر.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٢/٥ ، البدائع ١٧٣/٧ ، مختصر اختلاف العلماء ٢٧٥/٤.

(٢) حاشية الدسوقي ٤٣٠/٤ ، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ٣٠٠/٥ ط. الأميرية ١٣٠٦هـ .

(٣) مغني المحتاج ١٤٧/٢ .

(٤) المغني ٥٢٥/٤ ، الكافي ١٦٧/٢، حاشية الروض المربع ١٦٩/٥ .

(٥) المحلى ١٧٤/٨ .

(٦) انظر المراجع السابقة فى كل مذهب .

(٧) سورة البقرة : الآية ٢٨٠ .

وهذا الإنظار إذا كان الدين حالاً ، فمن باب أولى يكون الإنظار للدين المؤجل ، وألا يطالب به قبل حلول أجله [١].

٢ ـ أن الأجل حق للمدين يرتفق به ، والحق لا يسقط بإفلاسه.

٣ ـ قالوا إن الأجل لا يحل قياساً على الحقوق التي للمدين المفلس ، فإنها لا تحل ، ولا تتحول إلى حالة ، فكذا يقاس الدين المؤجل .

٤ ـ أن الدين المؤجل مازال على المدين، وهو حي قبل أجله ولم يمت حتى يتعجل ، ولم يحل الدين بعد .

هذا ما استدل به الفريق الأول القائل بأن الدين المؤجل لا يتحول إلى حال بالإفلاس والحجر على المدين .

الاتجاه الثاني :

يذهب هذا الاتجاه إلى أن الدين إذا كان مؤجلاً فإنه يتحول إلى حال بالإفلاس والحجر على المدين ، والقائل بهذا الاتجاه المالكية[٢]، وهو قول عند الشافعية [٣]، ورواية للإمام أحمد [٤]. إلا أن المالكية قيدوا ذلك : بأن لم يكن المدين قد اشترط عدم حلول الدين بالفلس .

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ ـ أن المفلس يحجر عليه ، والحجر يوجب تعلق الدين بالمال، فلما تعلق به سقط الأجل ، وذلك قياساً على الموت [٥].

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٣٧٢ ـ ٣٧٣ .

(٢) شرح الخرشي ٦/١٨٤، حاشية الدسوقي ٤/٤٣٠ ، الذخيرة أحمد بن إدريس القرافي ٨/١٧٢ تحقيق د. محمد صبحي ط. دار الغرب الإسلامي .

(٣) مختصر المزني ص ١٤٣ ، الحاوي للماوردي ٦/٣٢٢ ، مغني المحتاج ٢/١٤٧.

(٤) المغني ٤/٥٢٥ ، والمبدع في شرح المقنع ٤/٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٥) مغني المحتاج ٢/١٤٧ .

٢ ـ أن صاحبُ الدين المؤجل قد خربت ذمته بالإفلاس والحجر عليه ، وإذا خربت الذمة حل الدين المؤجل ، وتحول إلى معجل ، كالميت لما خربت ذمته تحول الدين المؤجل إلى معجل .

يقول القرافي: " إن الذمة خربت، وربُ الدين إنما رضي بالتأجيل مع تمكنه من المال ، وقد زالت المكنة بالحجر وأخذ المال"[١].

٣ ـ أنهم قاسوا دين المفلس بعد الحجر عليه على المريض مرض الموت؛ فإن المفلس ينتقل ماله بالفلس إلى غرمائه كما ينتقل مال المريض بالموت إلى ورثته .

يعلل الماوردي سبب تحول الدين المؤجل إلى معجل بالإفلاس فيقول : "لأن المفلس ينتقل ماله بالفلس إلى غرمائه ، كما ينتقل مال المريض بالموت إلى ورثته فلما كان الموت يوجب حلول الأجل ، وجب أن يكون الفلس بمثابته ، يوجب حلول المؤجل "[٢].

فأصحاب هذا الاتجاه يشترطون الفلس والحجر على المفلس لتحول الدين المؤجل إلى حال .

الاتجاه الثالث :

ذهب إلى أنه : إن رضي الغرماء بتحمل المفلس المدين الدين في ذمته أبقيت الديون إلى أجلها، وإن لم يرض الغرماء تحول الدين إلى حال ، والقائل به هو : ابن سيرين [٣] وتبعه أبو عبيد في ذلك [٤].

---

(١) الذخيرة ١٧٢/٨ ، وانظر شرح الخرشي ١٨٤/٦ ، وحاشية الدسوقي ٤٣٠/٤.

(٢) الحاوي ٣٢٣/٦ .

(٣) ابن سيرين : هو محمد بن سعيد بن البجوي الأنصاري بالولاء، اشتهر بالورع والعلم وتفسير الرؤيا (ت ١١٠هـ)، انظر: تذكرة الحفاظ للذهبي ٣٨/١ ، الأعلام ١٥٤/٦.

(٤) بداية المجتهد ٢٨٦/٢ .

فالاتجاه الأول لا يرى تحول الديْن المؤج إلى حال بإفلاس المدين ؛ وذلك لأن أداء الدين ارتفق به الأجل وهو لم يحل بعد .

والتحول إنما يحصل عند أصحاب الاتجاه الثاني ، فالتحول عندهم يحصل بمجرد الإفلاس ، وذلك لخراب الذمة .

أما أصحاب الاتجاه الثالث فالتحول عندهم مشروط بعدم رضا الغرماء.

الراجح :

والراجح من هذه الاتجاهات : الاتجاه القائل : بأن صاحب الدين المؤجل إذا حجر عليه لفلس ، فإن الدين يتحول إلى معجل .

وذلك لأن الفلس نوع من أنواع عوارض الأهلية كما رجحه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا تبعاً لمتأخري الحنفية [1].

فشابه الفلس الموت ، بجامع خراب الذمة .

ولما خربت ذمة المدين بعارض من العوارض السماوية ألا وهو الموت وتعجل الدين المؤجل الذي عليه ، خربت ذمة المدين بعارض من العوارض المكتسبة ألا وهو الفلس ، فتحول الدين المؤجل إلى معجل .

ولما كان الدين المؤجل يتعلق بذمة المدين فإذا خربت الذمة بالفلس وحجر على المدين سقط الأجل وتعجل الدين .

---

(١) المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقا ٨٣٩/٢ وما بعدها ، ط. دار القلم ، دمشق.

المبحث الثاني

التحول في الوقف

المطلب الأول

تعريف الوقف [١]

ـ الوقف لغة [٢]:

مصدر لفعل وقف يقف ، أي : دام قائماً ، وأوقف الدار للمساكين حبسها عليهم لغة رديئة فيه، ومعنى الوقف الحبس أو المنع.

ـ الوقف في اصطلاح الفقهاء :

اختلف الفقهاء في تعريفهم للوقف:

فذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الوقف هو " حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير " [٣].

وذلك لأن الإمام أبا حنيفة يرى أن وقف الشيء ـ مثل الدار ـ لا يخرجه عن ملك الواقف ، وعليه يصح للواقف الرجوع عن الوقف ؛ لأن الوقف عند الإمام من العقود الجائزة ، التي يجوز لصاحبها أن يرجع عنها ، قياساً على العارية ، إلا في بعض الصور [٤].

---

(١) للوقف تعريفات عدة على حسب أهل كل فن ، فالوقف عند أهل العروض : إسكان الحرف السابع المتحرك من الجزء ، كإسكان تاء مفعولات ، والجزء الذي فيه الوقف يسمى موقوفاً.
وعند أهل الصرف : هو قطع الكلمة من الحركة عند آخرها ، وعند أهل القراءة: هو قطع الكلمة عما بعدها بسكتة طويلة . انظر المعجم المفصل في علم العروض والقافية وفنون الشعر ، د. إميل بديع يعقوب ص ٤٦١ ط. دار الكتب العلمية ، والمعجم المفصل في علم الصرف ، أ. راجي الأسمر ص ٤٢٩، دار الكتب العلمية ، والمقصد لتلخيص ما في المرشد في الوقف والابتداء في علم القراءة ، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ص ٢، ط. محمود توفيق القاهرة .

(٢) القاموس المحيط ص ٨٦٠ ، مختار الصحاح ص ٣٠٥ .

(٣) التعريفات للجرجاني ص ٣٢٨ ، طلبة الطلبة للنسفي ص ٢١٩ ط. دار القلم ، التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ٧٣١ .

(٤) هناك ثلاث صور يلزم فيها الوقف عند الإمام أبي حنيفة : ولا يجوز الرجوع فيه:
=

وعليه يكون الوقف على التعريف السابق من العقود الغير لازمة ، فللواقف أن يبيع الموقوف ويملك ثمنه ، وله أن يهبه ، أو أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات .

وخالف الإمام كل من أبي يوسف ومحمد[١] والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] في الأصح عندهم ، حيث ذهبوا إلى أن الوقف : " حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه " .

وعلى هذا يكون الوقف من العقود اللازمة ، التي تلزم العاقد أي الواقف بعد تمام أركانه وشروطه .

وذهب المالكية [٤] إلى أن الوقف هو : " جعل مالك منفعة مملوك ـ ولو كان بأجرة ـ أو غلته لمستحق بصيغة ، مدة ما يراه المحبس" أو هو: " الذات المملوكة المجعول منفعتها لمستحق بصيغة".

ومعنى هذا أن الواقف إنما يقف ريع الموقوف أو منفعته ، ويحبس العين عن التصرف التمليكي .

= أ) أن يكون الوقف مسجدا ؛ وذلك لأن المسجد حق خالص لله ، ولحاجة الناس إليه .
ب) أن يحكم بلزومه حاكم ، عن طريق اجتهاد منه ، والحاكم يرفع الخلاف في حالة الاجتهاد.
جـ) أن يجعل الوقف معلقا على موته فيخرج مخرج الوصية .
انظر : درر الحكام شرح غرر الأحكام ، منلا خسرو ١٣٢/٢، ط. دار إحياء الكتب العربية ، والعناية شرح الهداية محمد بن محمد بن محمود البابرتي ٢٠٠/٦، أحكام الوقف والمواريث ، تأليف أحمد إبراهيم بك ص ٦.

(١) تعريف الوقف عند أبي يوسف ومحمد هو : " حبس العين على حكم ملك الله تعالى " انظر: حاشية ابن عابدين ٤٠٦/٦.

(٢) النظم المستعذب ٨٥/٢.

(٣) المطلع على أبواب المقنع محمد بن أبي الفتح البعلي ص ٢٨٥ ط. المكتب الإسلامي.

(٤) شرح حدود ابن عرفة ٥٣٩/٢ وشرح الخرشي ٧٨/٧.

وعليه يكون التبرع هو اللازم فقط ، مع بقاء ملكية العين للواقف .

وقد عرف الوقف الأستاذ أبو زهرة فقال : " هو منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها، مع بقاء عينها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء " (١).

---

(١) ويعلق الأستاذ على هذا التعريف : بأنه أصدق تعريف مصور جامع لصور الوقف عند الفقهاء"، انظر محاضرات في الوقف ص ٧ ، ط. دار الفكر .

المطلب الثاني
مشروعية الوقف

ذهب جمهور الفقهاء إلى استحباب الوقف والترغيب فيه ، وقد جاء الشارع بالدعوة إليه في عموم الأدلة الطالبة للصدقة ، والبذل في سبيل الله ، والتي منها الوقف .

قال تعالى : ﴿ لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ (١).

وقال الرسولﷺ : " إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية ، أو علم ينتفع به من بعده ، أو ولد صالح يدعو له "(٢).

والصدقة الجارية الواردة في الحديث محمولة عند العلماء على الوقف (٣).

وقد ورد في الصحيحين : " أن عمر (رضي الله تعالى عنه) أصاب أرضاً بخيبر فقال: يارسول الله ما تأمرني به ، فقال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر ، على أن لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث "(٤).

فدلت هذه الآثار وغيرها على استحباب الوقف كما قال جمهور الفقهاء(٥).

---

(١) سورة آل عمران : الآية ٩٢ .

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب: الوصية، باب: ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته برقم (١٦٣١)، ١٢٥٥/٣ .

(٣) نقل هذا الرأي عن عبد الكريم الرافعي ، انظر مغني المحتاج ٣٧٦/٢.

(٤) رواه الإمام البخاري في صحيحه كتاب : الشروط ، باب: الشروط في الوقف برقم (٢٥٨٦)، ٩٨٢/٢.

(٥) ذهب الحنفية إلى أن الوقف حكمه الإباحة ، وقد كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف. وقال: لا يجوز الوقف إلا ما كان عن طريق الوصايا ، وكان يقول به أبو يوسف، إلا أن أبا يوسف لما بلغه حديث عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ رجع إلى الجواز وقال أبو يوسف بعدها لو بلغ هذا الحديث أبا حنيفة لرجع .
انظر : كتاب الإسعاف في أحكام الأوقاف ، إبراهيم بن موسى بن أبي بكر بن الشيخ الطرابلسي الحنفي ص٣. ط. الميمنية ، البدائع ٢١٨/٦ ، وتبيين الحقائق ٣٢٤/٣.

المطلب الثالث

أركان وشروط الوقف

أركان الوقف أربعة عند الجمهور :

١ ـ الواقف .

٢ ـ الموقوف .

٣ ـ الموقوف عليه .

٤ ـ الصيغة .

ولكل من الأركان شروط لابد من تحققها [١].

أولاً: شروط الواقف :

١ ـ أن يكون حراً مالكاً .

٢ ـ أن يكون عاقلاً .

٣ ـ أن يكون بالغاً .

٤ ـ أن يكون رشيداً .

---

(١) للمزيد انظر : البدائع ٢١٩/٦ ـ ٢٢٠ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ١٩٩/٦ ، البناية في شرح الهداية للعيني ٨٨٨/٦ ط. دار الفكر ، المبسوط للسرخسي ٢٧/١٢ ، الذخيرة للقرافي ٣٠١/٦ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، محمد عليش ١٠٨/٨ ط. دار الفكر ١٩٨٩م ، التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب ص ٥٤٨ ، سراج السالك شرح أسهل المسالك للسيد عثمان بن حسين برى الجعلي المالكي ١٨٧/٢ ط. مصطفى البابي الحلبي ، الوسيط للغزالي ٢٣٩/٤ ، مغني المحتاج ٣٧٦/٢، حاشية الجمل على المنهج ٥٧٥/٣ ، المغني ٢٠٦/٦ ، هداية الراغب لشرح عدة الطالب ص٤٠٧، الكافي ٤٤٨/٢ ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٥٣٠/٥ ، وانظر كذلك المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص ٣١٦ ، ومحاضرات في الوقف لأبي زهرة ص ٤٢٤ ، والفقه الإسلامي وأدلته لوهبه الزحيلي ١٥٩/٨ .

ثانياً :شروط الموقوف :

١ ـ أن يكون الموقوف مالاً متقوماً كالعقار .

٢ ـ أن يكون الموقوف معلوماً .

٣ ـ أن يكون الموقوف مملوكاً للواقف .

٤ ـ أن يكون الموقوف مفرزاً غير شائع .

ثالثاً :شروط الموقوف عليه :

(أ) إذا كان غير معين :

١ ـ أن يكون معلوما وأن يكون جهة خير وبر .

٢ ـ أن يجعل آخر الوقف الأهلى بجهة لا تنقطع أبداً .

(ب) إذا كان معيناً :

١ ـ أن يكون أهلاً للتملك .

٢ ـ أن يكون غير معدوم وغير مجهول ، مع اختلاف الفقهاء في هذا الشرط .

رابعاً: شروط الصيغة :

١ ـ يشترط التأبيد .

٢ ـ أن تكون الصيغة ناجزة غير معلقة على الشرط .

٣ ـ الالزام بأن لا يشترط فيه الخيار .

٤ ـ عدم وجود شرط باطل .

٥ ـ بيان المصرف وهو شرط للصيغة عند الشافعية .

هذه هي الأركان جملة وشرط كل ركن منها؛ إلا أن الذي يخصنا من الشروط هو شرط التأبيد وكيف يتحول الوقف عند فقدانه:

المطلب الرابع
تحول الوقف عند انقطاع الموقوف عليهم

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن شرط صحة الوقف أن يدل على التأبيد ، يقول الأستاذ أبو زهرة : " كثرة الفقهاء على أن التأبيد شرط في صحة الوقف ، وعلى هذا سارت كتبهم ، وبهذا أثرت عبارات عن الأئمة ، فالشافعي يشترط التأبيد المطلق من غير تقيد بزمن ... وابن حنبل يشترط التأبيد المطلق ... وقد اشترط محمد بن الحسن التأبيد وشدد في اشتراطه " [١].

لذلط دل على التأقيت بمدة معينة لم يصح الوقف ، وكذلك لو وقف على جهة تنقطع بأن وقف زيد داره لطلب العلم سنة واحدة فقط، أو وقف الدار على من ينقرض ، وكذلك يقول الكاساني : " ومنها ــ أي : من شروط الوقف ــ أن يجعل آخر الوقف بجهة لا تنقطع أبدا عند أبي حنيفة ومحمد، فإن لم يذكر ذلك لم يصح عندهما. وعند أبي يوسف : ذكر هذا ليس بشرط، بل يصح وإن سمى جملة تنقطع ويكون بعدها للفقراء وإن لم يسمهم " [٢].

وسببه أن شرط جواز الوقف أن يكون مؤبداً ، وتحديده بوقت معين أو وقفه على جهة تنقطع مخالفة لشرطه فمنع [٣].

وذلك لأن الوقف حكمه زوال الملك بغير التمليك قياساً على العتق .

وكذلك اشترط جمهور الفقهاء التأبيد لما دلت عليه الآثار التي وردت عن الصحابة ، فالصيغ الواردة في الآثار تدل دلالة واضحة على التأبيد ، يقول الأستاذ أبو زهرة: "فكل عبارات الواقفين من

---

(١) محاضرات في الوقف لأبي زهرة ص ٧٠ .
(٢) البدائع ٢٢٠/٦ .
(٣) المرجع نفسه .

الصحابة والتابعين تدل على التأبيد وليس بها ما يشعر بالتأقيت ، والالتزامات التي ترتبت ما جاءت إلا أثراً لهذه العبارات المشتملة على التأبيد "[١].فلو كان الموقوف عليه مؤقتاً بطل .

وما ذهب إليه أبو يوسف، من عدم اشتراط ذكر التأبيد فلأن عقد الوقف من طبيعته التأبيد ، ولا يحتاج إلى ذكره في العقد ؛ ولأن أبا يوسف يقول : إن الموقوف عليه لو انقطع لا ينتقل الوقف إلى الذرية وإنما إلى الفقراء فدل ماذهب إليه أبو يوسف إلى أن الوقف لا يكون مؤقتا بفترة من الزمن وإن لم يذكر في العقد [٢].

ويقول الغزالي [٣] : " ونعني به ـ أي بالتأبيد ـ أن لا يقف على جهة ينقطع آخرها كما إذا وقف على أولاده ولم يذكر المصرف بعدهم" [٤].

وهذا ما عليه جمهور الفقهاء : أن شرط صحة الوقف أن يكون مؤبداً، فلو كان مؤقتاً بوقت معين ، أو وقف على جهة تنقطع لم يصح، إلا أن المالكية لم يشترطوا التأبيد في الوقف ، فلو وقف زيد داره لجهة معينة لمدة سنة واحدة جاز ذلك الوقف ، وبعد سنة يرجع

---

(١) محاضرات في الوقف ، لأبي زهرة ص ٧٥ .

(٢) تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ ، البناية شرح الهداية ٩٠٥/٦ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢١٣/٦.

(٣) الغزالي: هو محمد بن محمد بن محمد الطوسي الغزالي، أبو حامد، حجة الإسلام، حكيم متكلم، فقيه ، صوفي ، أصولي ، (ت ٥٠٥هـ) له مؤلفاته منها : المنخول في علم الأصول، الوسيط في الفقه ، إحياء علوم الدين ، انظر: سير أعلام النبلاء ٣٢٢/١٩، معجم المؤلفين ٣٦٦/١١.

(٤) إلا أن الحنابلة قالوا : يصح الوقف على جهة تنقطع فإذا انقطع الموقوف عليه تحول الوقف إلى أقارب الواقف ، انظر : الوسيط للغزالي ٢٤٦/٤، وانظر كذلك: مغني المحتاج ٣٨٣/٢، والكافي لابن قدامة ٤٥١/٢ ، حاشية الروض المربع ٥٤٥/٥.

الوقف إلى مالكه [١]، إلا إذا دلت الصيغة على التأبيد مثل حبست أو وقفت أو تصرفت أو لا يباع أو وقفت على الفقراء .

وينبني على هذا الخلاف خلافٌ آخر في مسألة: ما لو انقطع الموقوف عليهم إلى من يتحول الوقف ؟.

أي : لو وقف زيد أرضاً له لجهة معينة أو لفقراء مكان معين وبعد فترة انقطع الموقوف عليهم لسبب من الأسباب ، ما مصير الموقوف ؟ وإلى أين يتحول؟

نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة على خمسة اتجاهات:

الاتجاه الأول :

قال: إن الموقوف عليه إذا انقطع تحول الوقف إلى ورثة الواقف .

والقائل به كل من: الحنفية إلا أبا يوسف[٢]، وهو رواية عن الإمام مالك [٣]، ورواية للشافعية [٤]، وقول الحنابلة [٥].

واستدلوا بما يلي :

١ ــ أن الوقف تبرع وصدقة ، وأولى الناس بالصدقة هم الأقارب .

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٦٩/٥ ، الذخيرة للقرافي ٣١٦/٦ ، وشرح الخرشي ٣٧٩/٧.

(٢) شرح فتح القدير ٢١٤/٦ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٧٤١/٢ ، تبيين الحقائق ٣٢٦/٣، البناية شرح الهداية ٩٠٥/٦.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٧٠/٥ ، الذخيرة للقرافي ٣١٦/٦ .

(٤) الوسيط للغزالي ٢٤٦/٤ ، روضة الطالبين ٣٢٦/٥ .

(٥) الكافي لابن قدامة ٤٥٢/٤ ، حاشية الروض المربع ٥٤٥/٥ ، كشاف القناع ٢٤٨/٤.

٢ ـ حديث النبي ﷺ : " صدقتك على المسكين صدقة ، وعلى ذي القربى الرحم ثنتان صدقة وصلة " [(١)].

٣ ـ وقول الرسول ﷺ " إنك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس "[(٢)].

٤ ـ أن تحول الوقف إلى الورثة فيه إغناء لهم وصلة للرحم ، لأن صدقة النوافل أولى الناس بها الورثة الأقارب.

الاتجاه الثاني :

ذهب هذا الاتجاه إلى أن الموقوف عليهم إذا انقطعوا ، فإن الموقوف يتحول إلى الفقراء والمساكين .

وقال به أبو يوسف من الحنفية[(٣)]،وهو قول عند الشافعية مقابل الأظهر[(٤)] ، ورواية للحنابلة [(٥)].

وقالوا : إن القصد من الوقف هو التقرب إلى الله تعالى به ، ولهذا جاء الشارع بالترغيب فيه والحث عليه .

الاتجاه الثالث :

يرون أن الموقوف يتحول إلى الفقراء من الأقارب فقط عند انقطاع الموقوف عليهم . وهو رأي للمالكية [(٦)].

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده ، كتاب : مسند الشاميين ، باب : حديث سلمان بن عامر رقم (١٧١٩٧) ٢١٤/٤.

(٢) رواه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب : مناقب الأنصار، باب : قول النبي ﷺ اللهم أمض لأصحابي هجرتهم . رقم (٣٧٨٤) ٤٣١/٣

(٣) تبيين الحقائق ٣٢٦/٣ ، البدائع ٢٢٠/٦ ، فتح باب العناية بشرح النقاية ٥٦٩/٢.

(٤) الوسيط للغزالي ٢٤٧/٤ ، مغني المحتاج ٣٨٣/٢ ــ ٣٨٤ ، روضة الطالبين ٣٢٦/٥ .

(٥) المغني ٢٣٩/٦ ــ ٢٤٠ ، الكافي لابن قدامة ٤٥٢/٢.

(٦) شرح الخرشي ٣٨٠/٧ ، الذخيرة للقرافي ٣١٦/٦.

الاتجاه الرابع :

رأى أن الموقوف يتحول إلى بيت مال المسلمين عند انقطاع الموقوف عليهم ، وذلك قياساً على المال الذي لا وارث له . وهو قول للشافعية ورواية عن الإمام أحمد [١].

الاتجاه الخامس :

ذهب إلى أن الوقف يتحول إلى ورثة الموقوف عليه قبل ورثة الواقف.

وهذه رواية عن الإمام أحمد [٢].

كل من هذه الاتجاهات تقرر مبدأ التحول ، إلا أنهم مختلفون إلى أين يتحول الوقف ، فمنهم من قال إلىالورثة الأقارب ، ومنهم من قال إلى ورثة الموقوف عليهم ، ومنهم من رجح تحوله إلى بيت مال المسلمين ، ومنهم من يقول إلى الفقراء، وكل له وجهة نظر فيما اختاره .

وفي النهاية نصل ونتفق على أن جمهور الفقهاء الذين اشترطوا التأبيد والذين لم يشترطوه ، رأوا أنه إذا انقطع الموقوف عليهم تحول الوقف والله أعلم .

---

(١) الوسيط للغزالي ٢٤٧/٤ ، المغني ٢٣٩/٦ .
(٢) المغني ٢٤٠/٦ ـ ٢٤٢ .

المبحث الثالث

تحول التصرفات المتعلقة بعقد النكاح

تمهيـــد :

خلق الله تعالى البشر وجعلهم شعوباً وقبائل ، وقصد الباري ــ جل شأنه ــ من ذلك أن يتعاونوا فيما بينهم ، ويعمروا الأرض وفق ما أمرهم ربهم ، وحتى يتحقق هذا المقصد شرع لهم النكاح ، ليتم التعارف والتكاثر وعمارة الأرض .

إلا أن عقد النكاح حتى يصح حُفَّ بأركان وشروط لابد من توافرها ، وأركان عقد النكاح عند الجمهور أربعة:

١ ــ الصيغة : وهي الركن الوحيد عند الحنفية من الإيجاب والقبول .

٢ ــ الزوجة وهي المحل .

٣ ــ الشاهد .

٤ ــ العاقدان ، ويراد بهما الزوج والولي .

والركن الذي يهمنا في البحث الولي ، وتصرفاته في الولاية على المرأة وكيفية تحولها إلى آخر.

تعريف الولاية :

والولاية في اللغة : بفتح الواو وكسرها ، يراد بها النصرة ، والمعونة ، والمساعدة ، والقرب .

قال تعالى ﴿ اللهُ وَلِيُّ الَّذِينَ آمَنُوا يُخْرِجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾[١]. أي : ناصرهم [٢].

وفي الاصطلاح : لها تعاريف كثيرة :

---

(١) البقرة : الآية ٢٥٧ .

(٢) مختار الصحاح ٣٠٦ ، والمصباح المنير ٢٥٨ .

فقد عرفها الحنفية بأنها : " تنفيذ القول على الغير "[١] ، وعرفها بعض الفقهاء بأنها توكيل شرعي يخول من قامت به صفة موجبة للولاية شرعاً لتصرف في نفس الغير " [٢].

وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقا :" بأنها قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شئونه الشخصية والمالية " [٣].

ومن أعم التعاريف للولاية أنها: هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على اجازة أحد [٤].

ومن هذه التعاريف نجد أن الولاية هي تصرف يتصرفه الشخص على الغير بالمنع أو التدبر أو القيام بشئون الغير .

وقد أجمع الفقهاء على صحة الزواج بتوافر الأركان والشروط والتي منها وجود الولي [٥].

---

(١) البدائع ٢٦٨/٦ .

(٢) انظر كتاب الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي ، دراسة مقارنة ص ٢٠ ، لعبد السلام الرافعي ، ط. افريقيا ، الشرق ، ١٩٩٦م .

(٣) المدخل الفقهي العام مصطفى الزرقا ٨٤٣/٢ .

(٤) هذا التعريف نقله الدكتور أحمد الحجي الكردي في كتابه الأحوال الشخصية، ونسبه للدكتور زكي الدين شعبان ، ص ٦٩ . ط. جامعة دمشق ١٩٩٧م .

(٥) ترتيب الأولياء عند الفقهاء في الزواج على ما يلي :

أ) عند الحنفية : يختلف ترتيب الأولياء عند الحنفية على حسب اختلاف نوع الولاية في عقد النكاح ، لأن ولاية النكاح عندهم إما ولاية إجبار وإما ولاية ندب: فولاية الإجبار أو الإيجاب : هي التي تثبت لصاحبها جبراً على المولى عليه ، وتخوله الحق في تزويج المولىعليه من غير توقف على رضاه واختياره ، كالولاية على الصغير والمجنون، وترتيبهم على ما يلي :

١ ـ الأب والجد العصبي الصحيح أبو الأب وإن علا .

٢ ـ الأخ الشقيق ، والأخ لأب ، وأبناؤهما وإن نزلوا .

٣ ـ العم الشقيق ، والعم لأب ، وأبناؤهما وإن نزلوا .

٤ ـ ثم يأتي بعد هؤلاء المعتق ثم عصبته النسبية .

٥ ـ السلطان أو نائبه .

= أما ولاية الندب أو الاختيار فهي: الولاية التي تخول صاحبها النظر في شئون المولى عليه بناء على اختيار المولى عليه ورغبته ، وذلك كولاية تزويج المرأة العاقلة البالغة نفسها ، وهذه لا يثبت عليها ولاية الإجبار . انظر : البدائع ٢٤٠/٢، الاختيار ٢٨/٣، شرح فتح القدير ١٧٠/٣ ، تصرفات الأولياء والأوصياء ، د. عبد العزيز القصار ص ٣١، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة .

وانظر تبيين الحقائق ١٢١/٢ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣٣٢/٢ ، جامع أحكام الصغار لمحمد الأستروشنى ص ٦٧/١ ط. دار الفضيلة .

ب) عند المالكية : الولاية في النكاح على نوعين: ولاية الإجبار، وولاية الاختيار:

وولاية الإجبار تثبت لأحد ثلاثة :

١ ـ السيد المالك ولو أنثى .
٢ ـ الأب .
٣ ـ وصي الأب عند عدم الأب .

أما ولاية الاختيار فتثبت على الترتيب التالي :

١ ـ الابن ، فابنه وإن نزل .
٢ ـ الأب .
٣ ـ الأخ الشقيق ، ثم الأخ لأب ، ثم ابن الأخ الشقيق ، ثم ابن الأخ لأب .
٤ ـ الجد ، أبو الأب .
٥ ـ العم ، ثم ابن العم على أن يقدم الشقيق على غيره .
٦ ـ أب الجد ثم العم لأب فابنه ، ثم عم الجد فابنه .
٧ ـ المولى الأعلى وهو من أعتق المرأة .
٨ ـ مولاة وهو من أعتق معتقها .
٩ ـ الكافل .
١٠ ـ الحاكم .
١١ ـ أي رجل من عامة المسلمين .

انظر : شرح الخرشي ١٤١/٤ وما بعدها ، المقدمات الممهدات ٤٧٢/١ ، قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي ص ١٩٧، حاشية الدسوقي ٢٢/٣ ــ ٢٣ ، وانظر تصرفات الأولياء والأوصياء د. عبد العزيز القصار ص ٣٥ ـ ٣٧ .

أما ترتيب الولاية عند الشافعية والظاهرية .

فالولاية عندهم قسمان : ولاية إجبار وولاية الشركة .

القسم الأول : ولاية الإجبار ، والولي فيه : هو أحد ثلاثة :

١ ـ الأب .
٢ ـ الجد وإن علا . =

واختلفوا في النكاح بدون الولي ، هل هو صحيح ، أو موقوف، أو غير لازم ؟ وبيان ذلك كما يلي :

= ٣ ـ السيد .

القسم الثاني : ولاية الشركة : وهي الحق الذي يملكه الولي في تزويج المولى عليه ، مع اشتراكه معه في الرأي والاختيار ، وذلك في ولاية الثيب الكبيرة العاقلة، وترتيب الأولياء في هذا القسم على الوجه التالي :

١ ـ الأب .

٢ ـ الجد .

٣ ـ الأخ لأبوين ثم الأخ لأب .

٤ ـ ابن لأخ لأبوين ، ثم ابن الأخ لأب .

٥ ـ عم ، ثم ابن عم كما في الإرث .

٦ ـ العصبة النسبية للمعتق ثم عصبته .

٧ ـ معتق المعتق ثم عصبة لحق أولاد .

٨ ـ السلطان .

انظر : مغني المحتاج ١٤٩/٣ ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، زكريا الأنصاري، ٣٦/٢ ، ط. دار الفكر ، روضة الطالبين ٥٣/٧ ، مشكاة المصباح على المفتاح لباب النكاح ص ٧٨ ، لمحمد بن سالم العلوي ، طبعة مكتبة الملك فيصل الإسلامية الرياض ، المحلى لابن حزم ٣٨/٩ .

٤ ـ ترتيب الولاية عند الحنابلة في عقد النكاح :

تقسم الولاية عندهم إلى قسمين : ولاية إجبار ، وولاية اختيار .

القسم الأول : ولاية الإجبار :

وهي تثبت للأب ثم لوصيه من بعده .

القسم الثاني : ولاية الاختيار : وهي على الترتيب التالي :

١ ـ الأب .

٢ ـ الجد أبو الأب وإن علا .

٣ ـ الابن ، وابنه وإن سفل .

٤ ـ الأخ الشقيق .

٥ ـ الأخ لأب مثل الشقيق .

٦ ـ أولاد الأخوة ، وإن سفلوا .

٧ ـ العم ثم ابنه ، وإن سفل ثم عمومة الأب .

٨ ـ المعتق ثم عصبته .

٩ ـ السلطان .

انظر كشاف القناع ٤٣/٥ ، الكافي ١٦/٣ ، رسالة تصرفات الأولياء والأوصياء ص ٤٣ .

١ ـ ذهب المالكيـة[١] والشـافعية[٢] والحنابلـة [٣] إلـى أن وجـود الولي في عقد النكاح شرط من شروط صحته ، فلا يصح العقد بـدون الولي . وقد روي هذا القول عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعائشة[٤] ـ رضوان الله عليهم أجمعين ـ .

واستدلوا على عدم صحة النكاح بدون ولي بمـا روي عـن أبـي موسى الأشعري ﷺ أن النبي ﷺ قال : " لا نكاح إلا بولي " [٥].

وكذلك ما روي عن عائشة (رضي اللـه عنهـا) أن رسـول اللـه ﷺ قال : " أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها ، فنكاحهـا بـاطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجهـا ، فـإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[٦].

---

(١) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤١٩/٣، حاشية الدسوقي ١٣/٣.

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٢٢٤/٦.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٦٦/٨ ، وكشاف القناع للبهوتي ٤٨/٥.

(٤) يقول الإمام الشافعي عند تفسير قوله تعالى : ﴿ وإِذَا طَلَّقْتُـمُ النِّسَـاءَ فَبَلَغْـنَ أَجَلَهُـنَّ فَـلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾ البقرة : آية ٢٣٢ ، يقول : " وهذه الآية أبين آية في كتاب الله ﷻ دلالة على أنه ليس للمرأة ، أن تنكـح نفسـها " انظـر: أحكـام القـرآن للإمام الشافعي ١٧٤/١ . تحقيق عبد الغني عبد الخالق ، ط. دار الكتب العلمية ، وكذلك مختصر المزني ٢٢٠ ـ ٢٢١، والإقناع فـي الفقـه الشـافعي لأبـي الحسـن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ص١٣٤ ، تحقيق خضر محمد خضر ، مكتبة دار العروبة للنشر والتوزيع . ومكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحـة دراسات مؤصلة مقارنة مستوعبة لحقيقة منزلة المـرأة فـي الإسـلام ، أ.د. محمـد بلتاجي حسن ص ٤٧٣ ط. مكتبة الشباب. وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي أ.د. فتحي الدريني ٥٣٢/٢ ، ط. مؤسسة الرسالة ، ط. الأولى ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

(٥) أخرجـه أبـو داود كتـاب: النكـاح بـاب: فـي الولـي حديـث (٢٠٨٥) ٢٢٩/٢ ، والترمذي كتاب : النكاح،باب : ما جاء لا نكاح إلا بولي ، حديث (١١٠١) وقال: حديث حسن ٤٠٧/٣ ، وابن ماجه كتاب : النكاح،باب: لا نكاح إلا بولي ، حديـث (١٨٨١) ٦٠٥/١.

(٦) أخرجـه أبـو داود كتـاب: النكـاح،بـاب: فـي الولـي حديـث (٢٠٨٣)٢٢٩/٢ ، والترمذي كتاب: النكاح،باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي حديث(١١٠٢) ٤٠٧/٣ ، وابن ماجه كتاب: النكاح،باب: لا نكاح الا بولي حديث (١٨٧٩) ٦٠٥/١.

٢ ـ وذهب كلٌ من ابن سيرين ومحمد من الحنفية إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها بغير إذن وليها ، إلا أنها إن فعلت ذلك ، فإن النكاح يكون موقوفاً على إجازة الولي [١].

فالنكاح منعقد على هذا الرأي ، إلا أن نفاذه يتوقف على إذن وإجازة الولي وعليه لا يجوز للزوج الوطء إلا بعد الإذن ، ولا يقع الطلاق في محله ، ولا يتوارثان .فإن أجاز الولي ترتبت آثار العقد ، وإن لم يأذن بطل النكاح الموقوف .

يقول السرخسي[٢] : " والمعنى فيه أنها ناقصة، بنقصان الأنوثة فلا تملك مباشرة عقد النكاح لنفسها كالصغيرة والمجنونة ، وهذا لأن النكاح عقد عظيم خطره كبير ، ومقاصده شريفة ، ولهذا أظهر الشرع خطره باشتراط الشاهدين فيه من بين سائر المعاوضات ، فلإظهار خطره تجعل مباشرته مفوضة إلى أولي الرأي الكامل من الرجال ... ولهذا قال محمد: إن عقدها يتوقف على إجازة الولي كما أن عقد الصغيرة التي تعقل يتوقف على إجازة الولي " [٣].

٣ ـ وذهب أبو حنيفة [٤] إلى أن المرأة البالغة العاقلة ــ بكراً كانت أوثيباً ـ لها أن تزوج نفسها وغيرها، وتوكل في النكاح.

وتعليله لما ذهب إليه: أن المرأة تملك التصرفات التي فيها نفع محض لها ، ويكون من حقها أن تتصرف أي تصرف شاءت إذا وجد فيه نفع ، وعقد النكاح إنما هو تصرف من التصرفات التي تملكها

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٩٠/٣ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣٣٢/١ ، المبسوط ١٠/٥.

(٢) السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي، شمس الأئمة، فقيه أصولي، متكلم، مناظر من آثاره المبسوط . انظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٢٨/٢، معجم المؤلفين ٢٣٨/٨.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/٥.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٠/٥ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣٣٢/١ ، البناية في شرح الهداية للعيني ٥٧٤/٤ ، الاختيار لتعليل المختار ٩٠/٣ .

المرأة العاقلة البالغة، فهو حق لها، وهي من أهل إجراء العقود، فجاز لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل غيرها .

وقد جاء في مادة رقم (٣٣) من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة ما يلي : الولي شرط لصحة نكاح الصغير والصغيرة ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين . وليس الولي شرطاً لصحة نكاح الحر والحرة العاقلين البالغين ، بل ينفذ نكاحهما بلا ولي "[١].

وجاء في مجمع الأنهر " لأنها ــ أي الولاية ــ تصرف من خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا جاز لها التصرف في المال، والأصل هنا أن كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه، يجوز نكاحه على نفسه "[٢].

٤ ـ وذهب داود الظاهري[٣] إلى أنه يشترط الولي في تزويج البكر دون الثيب إلا أن ابن حزم الظاهري خالفه في ذلك ووافق الجمهور [٤].

المقارنـــة :

نجد أن الرأي الأول والثاني يشترط في نهاية المطاف وجود الولي، إلا أن الأول جعل الولي لإنشاء العقد ، والثاني لنفاذه ، فعلى رأيهما يكون الولي ركنا من أركان العقد ، لا يصح ، ولا ينفذ إلا به.

---

(١) كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة ص ١٠ ، طبع بالفجالة ، ١٨٩٥ .

(٢) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١/٣٣٢.

(٣) داود الظاهري : هو ابن علي بن خلف الأصبهاني، أبو سليمان أحد الأئمة المجتهدين ، سكن بغداد وانتهت إليه رئاسة العلم فيها (ت : ٢٧٠هـ). سير أعلام النبلاء ٩٧/١٣، الأعلام ٣٣٣/٢ .

(٤) المحلى٣٣/٩، ومكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة ص ٤٧٣ ، لأستاذنا حفظه الله أ.د. محمد بلتاجي.

والرأي الرابع : ما ذهب إليه داود الظاهري مخالفاً لما عليه الأئمة ، رأي ضعيف وهذا ما جعل ابن حزم يرجح رأي الجمهور .

فانحصر الأمر في رايين للجمهور والحنفية .

والحنفية وكل الفقهاء يتفقون على أن الولي له أن يزوج المرأة البالغة العاقلة الرشيدة ، هذا وقد ناقش أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن هذه القضية ، ووصل إلى رأي نراه هو الصواب في ذلك فذكر: أن الإسلام قد خص عقد الزواج عن سائر العقود بخصوصيات معينة، تفارق غيره من العقود المالية أوالغير مالية .

والدليل على ذلك أن الله تعالىجعله من آياته في الإنسان ، وامتن به عليه بأن شرعه ويسره له ، قال تعالى : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآياتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (١).

وكذلك مما يدل على أهمية عقد النكاح أن الآيات الواردة في عقد النكاح قد تعددت حتى بلغت عشرات الآيات بخلاف غيره من العقود كالبيع .

وأما ما يتعلق بخصوصية عقد الزواج الذي يباشره الولي فذكر لنا أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي ثلاثة اعتبارات لقيام الولي بنكاح المرأة :

١ ـ أن الإسلام قد راعى أن لا تظهر المرأة أثناء انعقاده أمام الشهود والناس بمظهر الطالبة للنكاح على نحو صريح، فجعل الولي يقوم بذلك عنها في مظهر من مظاهر إكرام الإسلام لها .

---

(١) الروم : الآية ٢١ .

٢ ـ أن التكوين النفسي الخاص للمرأة ، يجعلها تتجه في الغالب إلى تحكيم عاطفتها، مما يجعلها سريعة الاغترار بمن يعرض عليها الزواج منه .

ولكن لما جعل الشرع الولي يقوم مقام المرأة فمعنى هذا أنه قام بفحص حقيقة حال المتقدم ، والاستيثاق من أنه صادق فيما عرضه، وكل ذلك من مصلحة المرأة .

٣ ـ أن معرة سوء اختيار الزوج وتبعاته المادية والنفسية لا تختص بالزوجة وحدها ، بل قد تلحق الأسرة بكاملها بسببه أضرار فادحة (١).

وفي النهاية نصل إلى نتيجة واضحة وهى أنه يجب اشتراط الولي في عقد النكاح على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء .

هذا وقد تتحول الولاية من ولي لآخر، وذلك في بعض الصور منها:

---

(١) انظر مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة ، أ.د. محمد بلتاجي حسن ص ٤٧٧ ـ ٤٨٢ ، بتصرف .

المطلب الأول

تحول الولاية من الولي الأقرب إلى الغير

لقد اتفق الفقهاء على أن الولي القريب إذا توفي تحولت الولاية إلى الذي يليه في استحقاق الولاية ، وذلك على حسب ترتيب الأولياء في كل مذهب كما مر معنا .

إلا أنه توجد صور تتحول الولاية إلى الأبعد مع وجود الأقرب منها :

المسألة الأولى

تحول الولاية إلى الأبعد ـ مع وجود الأقرب ـ عند فقد شرط من شروط الولي[1]

---

(١) شروط الولي عند الفقهاء :
أ ـ عند الحنفية وهي :
١ ـ الإسلام .
٢ ـ العقل .
٣ ـ البلوغ .
٤ ـ الذكورة .
٥ ـ أن يكون وارثا.
٦ ـ الحرية .
انظر البدائع ٢٣٩/٢ ، حاشية ابن عابدين ١١٣/٤.
ب ـ عند المالكية وهي ستة :
١ ـ الذكورة .
٢ ـ الحرية .
٣ ـ البلوغ .
٤ ـ العقل .
٥ ـ عدم الإحرام .
٦ ـ عدم الكفر في المسلمة التي تلي .
أما العدل والرشد فهما شرطا كمال عندهم إلا إذا وجد في درجة الولي من هو عدل أو رشيد فهو مقدم على الفاسق والسفيه .
انظر الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨/٣ . =

فإذا جن الولي الأقـرب أو فسـق بطلـت ولايتـه ، وتحولـت إلـى الأبعد الذي بعده ، وذلك لأن شرط الولـي أن يكون بالغا عـاقلا مسـلما حراً .

فإذا اختل شرط من هذه الشروط تحولت الولاية من الأقرب مع وجوده إلى الذي هو أبعد منه .

يقول ابن نجيم [١] : " ولا ولاية لصغير وعبـد ومجنـون ، لأنـه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا يثبت علـى غيرهم ؛ ولأن هذه

= ج ـ عند الشافعية كما يلي :

١ ـ البلوغ .
٢ ـ العقل .
٣ ـ ألايكون مختل النظر .
٤ ـ ألا يكون سفيها.
٥ ـ أن يكون عدلاً .
٦ ـ الإسلام .
٧ ـ الحرية .

انظر : مشكاة المصباح على رسالة المفتاح لباب النكاح للعلوي ص ٨٢ ـ ٨٤ .

د ـ عند الحنابلة ثمانية :

١ ـ العقل .
٢ ـ الحرية .
٣ ـ الذكورة .
٤ ـ البلوغ .
٥ ـ اتفاق الدين .
٦ ـ العدالة .
٧ ـ التعصيب .
٨ ـ عدم وجود من هو أولى منه .

انظر الكافي ١٥/٣ .

ونلاحظ أن العلماء قد اتفقوا على بعض الشروط ، وهـي : الإسـلام ، العقـل والبلوغ،والحرية ، وأما باقي الشروط فمختلف فيها .

(١) ابن نجيم : هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد ، الشهير بابن نجيـم ، فقيـه حنفـي من علمـاء مصـر، (ت ٩٧٠هـ) لـه مؤلفـات منهـا : الأشـباه والنظـائر ، والبحـر الرائق وغيرها . انظر : شذرات الذهب ٣٥٨/٨، الفتح المبين ٧٨/٣ .

ولاية نظر ، ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ، .. ولا لكافر على مسلم ؛ لقوله تعالى ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ ا لله للكَافِرِينَ عَلَى المُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [١]. ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان "[٢].

وقد جاء في حاشية الدسوقي " من فقد شرط الولي وهي ستة : الذكورة ، والحرية ، والبلوغ ، والعقل ، وعدم الإحرام ، وعدم الكفر في المسلمة كذي رق، وصغر ، وعته ، وجنون ، وأنوثة ، فإذا كان الأقرب متصفاً بوصف من هذه انتقلت الولاية منه للأبعد " [٣].

إلا أنهم قالوا إذا كان الولي فاسقاً فإن الولاية لا تتحول إلى الأبعد على الراجح عندهم [٤] ، ولكن الفسق يسلب كمال الأهلية عن الولاية .

يقول الإمام النووي ــ رحمه الله ــ عن موانع الولاية " لا ولاية لرقيق ، وصبي، ومجنون ، ومختل النظر بهرم أو خبل ، وكذا محجور عليه بسفه على المذهب ؛ لأنه لا يلي أمر نفسه فغيره أولى ، ومتى كان الأقرب ببعض هذه الصفات فالولاية للأبعد "[٥].

وذلك لخروج الولي الأقرب عن أن يكون ولياً، فأشبه المعدوم .

ويقول ابن قدامة ــ بعد ذكره لشروط الولي الثمانية ـــ : " لا تثبت الولاية للأبعد مع حضور الأقرب الذي اجتمعت الشروط فيه ،

---

(١) سورة النساء الآية ١٤١ .

(٢) البحر الرائق شرح الكنز لابن نجيم ٢١٧/٣ ، وانظر ابن عابدين ١٣٩/٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ١٢٥/٢ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨/٣ بتصرف ، والمقدمات الممهدات ٤٧٣/١ ، شرح الخرشي ١٤٦/٤.

(٤) المراجع السابقة نفسها ، وانظر القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٩٩ .

(٥) مغني المحتاج ١٥٤/٣ . وانظر كذلك التهذيب في فقه الإمام الشافعي للبغوي ٢٦٠/٥ ، والوسيط للغزالي ٧١/٥ ، وحاشية البجيرمي على شرح المنهج الطلاب ٣٤٤/٣ ط. دار الفكر .

فإن مات الأقرب أو جن أو فسق ، انتقلت إلى الذي بعده ؛ لأن ولايته بطلت فانتقلت إلى الأبعد كما لو مات "[١].

وهكذا نجد الفقهاء قد اتفقوا على أن الولاية تتحول من الأقرب إلى الأبعد إذا مات الولي القريب ، أو إذا ارتد ـ والعياذ بالله ـ أو اذا جن ؛ لأنه فقد الأهلية التي تخوله أن يكون وليا على غيره .

واختلفوا في تحول الولاية بالسفه والفسق ، فبعضهم قال: إذا فسق الولي تحولت الولاية للأبعد ، وذلك عند الشافعية [٢]والحنابلة[٣]، وبعضهم لم يجز التحول وهم الحنفية [٤] والمالكية [٥].

---

(١) الكافي على فقه الإمام أحمد ٣/١٦ ، وانظر كذلك :كشاف القناع ٥/٥٤ ، حاشية الروض المربع ٦/٢٧٠.

(٢) نهاية المحتاج ٦/٢٣٨.

(٣) حاشية الروض المربع ٦/٢٦٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٢/٢٣٩.

(٥) حاشية الدسوقي ٣/٢٨.

المسألة الثانية

تحول الولاية للغير(١) لغيبة(٢) الولي الأقرب

غياب الولي إذا كان قصيرا كسفر لمدة معلومة ، وأيام قليلة ، فالغياب لا يؤثر على ولايته ولا تتحول الولاية عنه إلى الأبعد أو للسلطان ، وذلك لقصر الوقت المنقطع عنه ، ولكن إذا غاب الولي الأقرب مدة منقطعة لا يعلم فيها مكان ذهابه ووقت رجوعه ، فهل تتحول الولاية عنه أم لا ؟

للعلماء في جواز تحول الولاية للغير عند غيبة الأقرب اتجاهان:

---

(١) فضلت ذكر التحول للغير دون الأبعد ؛ لأن الغير يدخل فيه الولي الأبعد من الأقارب ويدخل فيه السلطان ؛ لأن لفظ الغير يشملهما بخلاف الأبعد فإن العلماء قد خصصوه للأقارب دون السلطان . والتحول الذي معنا قد يكون للأقارب وقد يكون للسلطان .

(٢) اختلف الفقهاء في تحديد المسافة التي تجعل الغيبة منقطعة أو غير منقطعة :
فالحنفية اختلفوا فيما بينهم إلا أن ابن عابدين في حاشيته وضع ضابطا ثم رجحه، وهو : أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره أو استطلاع رأيه فات الكفء الذي حضر ، فالغيبة منقطعة . انظر حاشية ابن عابدين ١٤٤/٤ .
والمالكية حددوا المسافة بضرب المثال ، فقالوا إذا ذهب من مصر إلى طنجة أو المدينة فالغيبة منقطعة . انظر حاشية الدسوقي ٢٧/٣ .
والشافعية ذهبوا إلى أن المسافة هي فوق مسافة القصر ، يقول الغزالي : " ثم السلطان يزوج إن كان السفر فوق مسافة القصر ، ولا يزوج إن كان دون مسافة العدوى ، وهو : الذي يرجع عنه المبكر إليه قبل الليل ". الوسيط للغزالي ٧٥/٥.
والحنابلة رأوا أنه إن كان غائبا في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة ، فهي غيبة منقطعة ، وإلا فلا ، وقيل غير هذا . انظر الكافي لابن قدامة ١٧/٣ .
والناظر في هذه الآراء يرى أن أكثر الفقهاء قد حددوا الغيبة المنقطعة بالبعد، أي بطول المسافة أو قصرها ، وهذا الرأي في الوقت الحالي الذي تقاربت فيه المسافات غير مجدي ، فعليه تكون العبرة في الانقطاع : فوات الزوج الكفء ، وهو ما رجحه ابن عابدين . والله أعلم .

الاتجاه الأول : يرى أن الولي إذا انقطع وغاب ، فإن الولاية لا تتحول إلى الأبعد من الأقارب لا إلى السلطان .

والقائل بهذا الرأي زفر من الحنفية [١]، وهو قول للمالكية[٢] ، كما ذهب إليه ابن حزم [٣].

وسبب ذلك : أن الولاية لا تتحول إلى الولي الأبعد ـ من الأقارب أو السلطان ـ إلا في حالتين :

الأولى: إذا مات الولي الأقرب .

والثانية: إذا عضل الولي الأقرب .

وفي حال الغيبة، لا موت ولا عضل ، فامتنع التحول للأبعد .

فمانع التحول للأبعد وجود الأقرب ، ومانع التحول للسلطان عدم وجود العضل .

يقول الكاساني : " ووجه قول زفر: أن ولاية الأقرب قائمة لقيام سبب ثبوت الولاية ، وهو القرابة القريبة ، ولهذا لو زوجها حيث هو يجوز . فقيام ولايته تمنع الانتقال إلى غيره " [٤].

قال ابن رشد الحفيد فيما إذا غاب الولي غيبة منقطعة ـ وهو ما نقله عنه الحطاب [٥] ـ : " غيبة الأب على ابنته غيبة بعيدة منقطعة مثل إفريقية وما أشبه ذلك، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال ...

---

(١) انظر : تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٧/٢ ، البدائع ٢٥٠/٢ ، حاشية ابن عابدين ١٤٢/٤، البحر الرائق لابن نجيم ٢٢٣/٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ٢٧/٣ ـ ٢٨ ، مواهب الجليل ٤٣٥/٣.

(٣) المحلى ٤٥٨/٩.

(٤) البدائع ٢٥٠/٢.

(٥) الحطاب: هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، أبو عبد الله ، فقيه مالكي (ت:٩٥٤هـ) له مؤلفات منها: مواهب الجليل، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، هداية السالك . انظر : شجرة النور ص ٢٧٠، الأعلام ٥٨/٦.

الثالث: أنها لا تزوج أبداً وإن طال مقامه ، وهو ظاهر قول مالك في الموازية ، وهو قول ابن وهب في رسم الأقضية من سماع يحيى"[١].

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن غيبة الولي المنقطعة تحول الولاية للغير وهذا الاتجاه هو قول الحنفية ما عدا زفر [٢]، والمالكية وهو المشهور عنهم [٣]، والشافعية [٤]، والحنابلة[٥].

إذا جاز تحول الولاية عند غياب الولي الأقرب مدة منقطعة لا يعلم فيها مكان ذهابه ووقت رجوعه ، فلمن تتحول ؟

اختلف أصحاب الاتجاه القائل بتحول الولاية للغير عند غيبة الولي فيما بينهم ، هل يكون التحول للأبعد من الأقارب أم إلى السلطان ؟ ولهم في ذلك رأيان :

الرأي الأول ـ وهو رأي الجمهور منهم ـ: أن الولاية تتحول عند غيبة الولي غيبة منقطعة للأبعد من الأقارب ، لا إلى السلطان، وذلك على حسب ترتيب الأولياء السابق ذكرهم .

وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية [٦]، والمالكية [٧] في المشهور

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٤٣٥/٣ .

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٢٧/٢، البدائع للكاساني ٢٥٠/٢ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٢٢/٣، حاشية ابن عابدين ١٤٤/٤ ، البناية في شرح الهداية للعيني ٦١٢/٤ .

(٣) مواهب الجليل ٤٣٥/٣ ، شرح الخرشي علىمختصر خليل ١٦٣/٤ ،حاشية الدسوقي ٢٦/٣ ـ ٢٧ ، القوانين الفقهية ١٩٩ .

(٤) الوسيط للغزالي ٧٤/٥ ، مغني المحتاج ١٥٧/٣ ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٣٦/٢.

(٥) الكافي ١٧/٣ ، حاشية الروض المربع ٢٧١/٦ ، كشاف القناع ٤٩/٥ .

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ١٢٧/٢ ، البدائع ٢٥٠/٢ ، البحر الرائق ٢٢٢/٣ ، ابن عابدين ١٤٤/٤.

(٧) مواهب الجليل ٤٣٥/٣ ، شرح الخرشي ١٦٣/٤ ، حاشية الدسوقي ٢٦/٣ ـ ٢٧.

عندهم ، وهو قول للشافعية [١]، ورأي الحنابلة [٢].

واستدلوا لرأيهم بقول النبي ﷺ : " السلطان ولي من لا ولي له"[٣].

ووجه الدلالة كما يقول ابن قدامة : " أن هذه المرأة لها ولي فلا يكون السلطان وليها ، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه ، فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات "[٤].

وقال ابن عابدين :" لا تنتقل إلى السلطان [أي الولاية] لأن السلطان ولي من لا ولي له ، وهذه لها أولياء " [٥].

ولأن الولاية إنما هي للنظر في الأمر والشأن ، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينقطع برأيه ، ففوضت إلى الأبعد .

يقول الكاساني : " ولنا أن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز، فتثبت له الولاية كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين؛ وذلك لأن الأبعد أقدر على تحصيل النظر للعاجز؛ لأن مصالح النكاح مُضَمَّنَةٌ تحت الكفاءة والمهر، ولا شك أن الأبعد متمكن من إحراز الكفء الحاضر بحيث لا يفوته غالباً . والأقرب الغائب غيبة منقطعة لا يقدر على إحرازه غالباً ؛ لأن الكفء الحاضر لا ينتظر حضوره واستطلاع رأيه غالبا ؛ لأن المرأة تخطب ، حيث هي عادة ، فكان الأبعد أقرب على إحراز الكفء من الأقرب، فكان أقدر على إحراز النظر، فكان أولى بثبوت الولاية له "[٦].

---

(١) الوسيط للغزالي ٧٤/٥ ، مغني المحتاج ١٥٧/٣ ، فتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٣٦/٢ ، التهذيب للبغوي ٢٨٤/٥ ، مشكاة المصباح على رسالة المفتاح لباب النكاح للعلوي ص ٨٤ .

(٢) حاشية الروض المربع ٢٧١/٦ ، كشاف القناع ٥٥/٥ ، الكافي ١٧/٣.

(٣) تقدم تخريجه ص ١٦٢ .

(٤) المغني ٣٧٠/٧.

(٥) ابن عابدين ١٤٢/٤ .

(٦) البدائع ٢٥٠/٢ ـ ٢٥١ .

الرأي الثاني : ذهب أصحابه إلى أن الولاية تتحول عند غيبة الولي الأقرب للسلطان لا للأقارب. وهذا قول للمالكية [١]، وهو الأصح عند الشافعية [٢].

إلا أن الحاكم إذا أراد أن يزوج المرأة لغيبة الولي الأقرب ، عليه إحضار أهلها ، ممن له ولاية كالعصبات ، أو لا ولاية له كالأخوال؛ ليشاورهم في تزويجها ، ويسألهم عن كفاءة زوجها؛ وذلك استطابة لنفوسهم [٣].

وتحول الولاية للسلطان في رأي المالكية والشافعية إنما هو تحول الإنابة ، أي: أن السلطان ينوب عن الولي الأقرب الغائب ، فهو تحول في الإنابة لا تحول في الولاية ، فالولاية مازالت في ذمة الولي الأقرب ، ولا تتحول للأبعد . يقول الغزالي : " غيبة الولي لا تسلب الولاية عندنا ؛ لأن النظر قائم ولكن ينوب السلطان عنه لتعذر الأمر لغيبته " [٤].

ويقول الماوردي :" إذا ثبت أن الولاية يستحقها الأقرب دون الأبعد ، فكان الأقرب مفقوداً أو غائباً لم تنتقل الولاية عنه إلى من هو أبعد " [٥].

---

(١) حاشية الدسوقي ٢٦/٣ ، شرح الخرشي ١٦٤/٤ .

(٢) الحاوي للماوردي ١١٠/٩ – ١١١ ، الوسيط للغزالي ٧٤/٥ – ٧٥ ، مختصر المزني ص ٢٢٠ ، حاشية الجمل على شرح المنهج زكريا الأنصاري ١٥١/٤ ، مغني المحتاج ١٥٦/٣ ، وانظر مسألة رقم ٩٠٢ من قلائد الخزائن وفرائد الفوائد لعبد الله بن محمد باقشير الحضرمي الشافعي ١٠٦/٢ ، دار القبلة للثقافة الإسلامية ، جدة ١٩٩٠م .

(٣) مختصر المزني ٢٢٠ ، ٢٢١ ، الوسيط للغزالي ٧٥/٥ .

(٤) الوسيط للغزالي ٧٥/٥، وبمثله قال الدسوقي في حاشيته ٢٦/٣ ، والخرشي في شرحه ١٦٤/٤ .

(٥) الحاوي للماوردي ١١١/٩.

وسبب هذا القول أنهم قاسوا هذه المسألة علىمسألة الولاية على المال ، فإن الولاية علىالمال لا تتحول إلى الأبعد بالغيبة المنقطعة؛ لأن الغيبة لا تنقطع بها الولاية على المال[1].وقالوا كذلك : إن الغيبة لا تزيل الولاية ؛ وذلك لثبوت حق الولي في التزويج حالة غيبته ، بأن يوكل غيره في التزويج ، وهذا دليل على عدم سقوط الولاية . وإذا لم تسقط الولاية لم تتحول للأبعد وإنما تتحول للسلطان تحول إنابة .

والراجح في هذه المسألة: أن الولاية عند غيبة الولي الأقرب تتحول إلى الولي الأبعد من الأقارب ، على حسب الترتيب المذكور للأولياء في النكاح .

وذلك لأن السلطان إنما تتحول إليه الأمور إذا لم يوجد الأصل، والأصل في هذه المسألة أن الأولياء يوكل إليهم أمر التزويج ، فإذا مات القريب حل مكانه الأبعد منه ، وهكذا حتى تصل ولاية التزويج إلى السلطان ، وكذلك هنا إذا غاب الولي القريب غيبة منقطعة حل مكانه الأبعد منه ، والدليل على ذلك قول النبي ﷺ " السلطان ولي من لا ولي له " .

وكذلك لأن الأقارب أكثر حرصاً من غيرهم ، وخاصة إذا كان الأمر فيه زواج ، وانتقال المرأة إلى رجل آخر ، فالحرص يكون في هذه الحالة أكثر وأشد ، وعليه فإن تحول الولاية إلى الأقارب هو الأرجح . والله أعلم .

---

(١) المرجع السابق .

المسألة الثالثة

تحول الولاية لعَضْل الولي الأقرب

العضل في اللغة [١]:

العضل مصدر لفعل عضل ، ويأتي لمعان عديدة ، منها :

١ ـ المنع : يقال: عضل الولي المرأة ، أي: منعها من الزواج .

ومنه قوله تعالى: ﴿ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [٢].

٢ ـ والحبس .

٣ ـ والتضييق ، يقال : عضل بهم المكان، إذا ضاق بهم، ومنه قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا أَتَيْتُمُوهُنَّ ﴾ [٣].

٤ ـ والشدة ، يقال : أعضل الأمر، إذا اشتد .

وفي الاصطلاح [٤]:

استعمل الفقهاء العضل في النكاح بمعنى منع الولي المرأة الزواج من الكفء .

وعند المالكية: العاضل هو الراد للأكفاء مرة بعد مرة، وقيل: الراد أول كفء[٥].

ويقول ابن قدامة : " ومعنى العضل : منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه "[٦].

---

(١) القاموس المحيط ١٠٣٢ .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٣) سورة النساء : الآية ١٩ .

(٤) طلبة الطلبة للنسفي ٩٣ ، شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢٤٦/١ ، النظم المستهذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب لابن بطال ١٣٠/٢، المطلع على أبواب المقنع ص ٣٢٠، تفسير القرطبي ١٥٩/٣ .

(٥) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢٤٦/١.

(٦) المغني لابن قدامة ٣٦٨/٧ .

وقد اختلفت اتجاهات الفقهاء إذا عضل الولي الأقرب المرأة هل تتحول الولاية للأبعد ، أم للسلطان ؟ ولهم في ذلك اتجاهان :

الاتجاه الأول :

ذهب أصحابه إلى أن الولي الأقرب إذا عضل المرأة ، فإن الولاية تتحول إلى السلطان.

وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] بشرط عدم تكرر العضل بأن كان أقل من ثلاث مرات ، وهو أيضاً رواية عن الإمام أحمد[٤] .

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ـ حديث النبي ﷺ " فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[٥].

والحديث صريح في أن الولي إذا امتنع عن التزويج من الكفء، فإن الولاية تتحول إلى السلطان دون الأبعد .

٢ ـ أن العضل محرم ومنهي عنه والنهي عن الشيء أمر بضده ، فإذا امتنع الولي عن تزويجها فقد أضر بها ، والإمام نصب لدفع الضرر فتتحول الولاية إليه [٦].

٣ ـ قاسوا تزويج الحاكم للمرأة التي عضلها وليها ، بقضاء الدين ؛ لأن الملىء إذا امتنع عن قضاء الديون التي عليه، فللدائن أن

---

(١) البدائع ٢٥٢/٢ ، ابن عابدين ١٤٦/٤ ، البحر الرائق ٢٢٣/٣ .
(٢) شرح الخرشي ١٦٩/٤ ، حاشية الدسوقي ٣١/٣ ، القوانين الفقهية ص ١٩٩ .
(٣) الحاوي للماوردي ١١٢/٩ ، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ١٥٢/٤ ، ومغني المحتاج ١٥٣/٣، مشكاة المصباح على رسالة المفتاح لباب النكاح للعلوي ص ٩٤ .
(٤) المغني ٣٦٨/٧.
(٥) قد سبق تخريجه ص ١٦٢ .
(٦) البدائع ٢٥٢/٢ .

يرفع أمره للسلطان ويجبره السلطان بقضاء الدين للدائن ، وهكذا هنا فالزواج حق للمرأة على وليها، وإذا امتنع الولي من أداء الحق تحول استيفاء الحق للسلطان ، يقول الماوردي : "ولأن تزويجها حق على وليها، ومن وجب عليه حق فامتنع منه أخذه الحاكم به جبراً ، فقام مقامه في أدائه لقضاء الديون من ماله " [١].

الاتجاه الثاني :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الولي الأقرب إذا عضل، فإن الولاية تتحول إلى الأبعد من الأقارب ، على حسب ترتيب الأولياء، ثم إن امتنع كل الأولياء تحولت الولاية في التزويج للحاكم . وهو قول الشافعية ـ وذلك إذا تكرر العضل من الولي حتى زاد على الثلاث[٢]ـ والحنابلة في الصحيح عندهم، وهو ما نص عليه الإمام أحمد [٣].

واستدلوا بما يلي :

١ ـ القياس على الجنون ، فلو جن الأقرب تحولت الولاية إلى الأبعد . وكذلك هنا ، فإن عَضَلَ الأقربُ تحولت الولاية إلى الأبعد .

٢ ـ وكذلك قاسوا المسالة على الولي الفاسق، فإن الولي الأقرب إذا فسق تحولت الولاية للأبعد ، وعضل الولي المرأة من الكفء فسق، فعليه تتحول الولاية إلى الأبعد .

٣ ـ قالوا : إن حديث " فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ". حجة لنا ، حيث ذكر الحديث لفظة " تشاجروا " بالجمع والمراد الأولياء ، بأن اختلفوا في زواج المرأة الرجل وعدمه ، فإن الولاية تتحول للسلطان؛ لأن اختلاف الأولياء جميعاً ، بمعنى عضل الأولياء

---

(١) الحاوي ١١٢/٩.

(٢) مغني المحتاج ١٥٣/٣.

(٣) الكافي لابن قدامة ١٦/٣ ، المغني ٣٦٨/٧ ، كشاف القناع ٥٤/٥ ، حاشية الروض المربع ٢٧٠/٦ .

منهم كلهم ، وإذا عضلوا كلهم تحولت الولاية إلى السلطان ، أما إذا لم يعضل منهم إلا الأقرب فإن الولاية تتحول إلى الأبعد .

وقد ناقشوا استدلال الجمهور بالقياس على قضاء الدين :

فقالوا : إن الولاية تخالف الدين في وجوه ثلاثة :

أحدهما : أنها حق للولي والدين حق عليه .

الثاني : أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض ، من جنون الولي وفسقه وموته .

الثالث : أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة ، والولاية يعتبر لها ذلك، وقد زالت العدالة [١].

كما ردوا على قول الجمهور بأن الحاكم جُعِلَ لفض النزاع الحاصل ورفع الضرر، ولهذا تتحول إليه الولاية ، فقالوا : إن تزويج الولي الأبعد فيه فض للنزاع ودفع للضرر .

فالراجح ـ لدي على ما تقدم ـ هو الرأي الثاني ؛ وذلك لسداد رأيهم، ولأنه أستر للمرأة وأسرتها وأحفظ لهم من أن يفتضحوا عند الحاكم ، فالمرأة من طبيعتها الحياء والضعف ، فإذا رفع أمرها للحاكم كان فيه خدش لحيائها وفضح لأمور أسرتها .

ولأن الغاية والحكمة من تشريع التحول ـ عند العضل ـ للغير هو تزويج المرأة للكفء ، فإذا كان التزويج يحصل بالأقارب فذلك أولى من أن يكون بغيرهم ، فالأقربون أولى بالمعروف ، فتحول الولاية إلى الولي الأبعد أولى من تحولها إلى السلطان .

وقياس العضل على فقد شرط من شروط الولي كالجنون والفسق أولى من قياسه على المطالبة بالدين ؛ للخلاف الواضح بين

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٣٦٨/٧ .

الولاية والدين ، ولكن من فقد شرطا من شروط الولاية فإنها تتحول إلى الولي الأبعد ، وكذا إذا عضل الولي ، لأنه إذا عضل فقد فسق، وبالفسوق تتحول الولاية عند الجمهور للأبعد من الأقارب ، وهذا القياس أولى من غيره . والله أعلم .

المطلب الثاني

تحول ولاية التزويج من الولي إلى الوصي

تطرقنا فيما مضى إلى تحول الولاية من الولي الأقرب إلى الغير ، أي: إما إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان .

ولكن هل ولاية التزويج ـ التي قلنا بوجوبها في عقد النكاح ـ تتحول من الولي الأقرب إلى الوصي عن طريق الوصاية [١]، بأن يقوم الولي بإيصاء رجل آخر في التزويج ؟ أم أنها لا تتحول ؟

والفقهاء في مسألة تحول الولاية للوصي على اتجاهين :

---

(١) الوصاية لغة : من الإيصاء ،والوصاية والوصية بمعنى واحد ، وهو الوصل ، يقال : وصيت الشيء بالشيء ، أي : وصلته .
انظر : القاموس المحيط ١٣٤٣ والمصباح المنير ٢٥٤ .
وفي الاصطلاح : عرفها الحنفية بأنها : " طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه ، كقضاء ديونه ، والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده ، وتنفيذ وصاياه وغير ذلك "
انظر الاختيار لتعليل المختار ٦٢/٥ ، طلبة الطلبة ص ٣٤٢.
وعند المالكية : " عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته ".
انظر شرح حدود ابن عرفة ٦٨١/٢ ، وحاشية الدسوقي ٤٨٤/٦ ، ومنح الجليل ٥٠٣/٩.
وعرفها الشافعية بأنها : " إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت ولو تقديراً ".
انظر مغني المحتاج ص ٣٨٧ .
وعند الحنابلة هي : " الأمر بالتصرف بعد الموت ، أو التبرع بالمال بعده " ،
انظر الروض المربع للبهوتي ص ٣٦٣ .
نلاحظ أن المالكية والحنابلة في تعريفهم للوصايا أدخلوا معها الوصية ، بخلاف الحنفية والشافعية حين فرقوا بينهما في التصرف لأن الوصايا أو الإيصاء هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه ، بعد وفاته بواسطته ، أو بواسطة القاضي ، للقيام بأمر من الأمور كرعاية الأولاد أو تزويجهم وغيره . انظر: تصرف الأولياء والأوصياء د. عبد العزيز القصار ص ٩٦ .

الاتجاه الأول :

ذهب إلى أن الولي إذا وصى غيره بتزويج الصغير أو الصغيرة ، أو البالغة الرشيدة ، فإن ولاية التزويج لا تتحول إليه بعد وفاة الولي .

وهو قول الحنفية[١]،والمالكية في المشهور عندهم [٢]، والشافعية[٣]، وهو رواية عن الإمام أحمد [٤]، ومذهب الظاهرية [٥].

يقول ابن نجيم : " وصي الصغير والصغيرة ـ إذا لم يكن قريباً ولا حاكماً ، فإنه ليس له ولاية التزويج ، سواء كان أوصى إليه الأب في ذلك أو لم يوص " [٦].

ويقول الماوردي :" اعلم أن ولاية الوصي على اليتيم كولاية الأب عليه إلا في ثلاثة أشياء :

أحدهما : أن للأب أن يشتري من مال ولده لنفسه ، ويبيع عليه من مال نفسه ، وليس ذلك للوصي .

الثاني : للأب أن يوصي بالولاية على ولده ، وليس للوصي أن يوصي .

الثالث : للأب أن يزوجهم وليس ذلك للوصي ، ثم الوصي فيما سوى هذه الثلاثة كالأب سواء" [٧].

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٢١/٣ .
(٢) شرح الخرشي ٥٠٢/٩ ، حاشية الدسوقي ٥٣١/٦.
(٣) مختصر المزني ص ١٩٧ ، مغني المحتاج ٧٦/٣ ـــ ٧٧ ، حاشيتا قليوبي وعميرة ١٧٩/٣.
(٤) المغني ٣٩٢/٧ .
(٥) يقول ابن حزم : " ومن أوصى إذا مات أن تزوج ابنته البكر الصغيرة أو البالغة، فهي وصية فاسدة لا يجوز انفاذها " . انظر : المحلى ٤٦٢/٩ .
(٦) البحر الرائق ٢٢١/٣ .
(٧) الحاوي للماوردي ٣٤٢/٨.

واستدلوا بما يلي :

١ ـ أن الوصي غريب عليهم ، وأجنبي عنهم ، والوصاية لا تتغير بدخول الدني في نسبهم [١].

٢ ـ أن الصغيرة إذا مات أبوها صارت يتيمة ، واليتيمة لا تنكح حتى تستأذن ، وأما الكبيرة فليس لأبيها أن يزوجها في حياته بغير إذنها فكيف بعد موته[٢]؟!.

٣ ـ أن ولاية التزويج إذا مات الولي الأقرب تتحول للولي الأبعد على حسب الترتيب المقدر له شرعا ، فلا تتعدى الولاية بالوصايا من الولي الأبعد إلى الوصي .

الاتجاه الثاني :

رأى أن ولاية التزويج تتحول للوصي، وذلك إذا أوصى الولي الأقرب بذلك .

وهو مذهب المالكية في قول[٣] ، والمعتمد عند الحنابلة [٤].

قال ابن قدامة : " ووصي الأب كالأب في تزويج الصغير والمعتوه ؛ لأنه نائب عنه فأشبه الوكيل، ولا يملك غير الأب ووصيه تزويج صغير ولا معتوه [٥].

والراجح ـ والله أعلم ـ هو الرأي الأول؛ لأن الولي الأبعد أولى من الوصي ، وخاصة في ولاية التزويج ، لأن الولي الأبعد أكثر وأشد حرصا من غيره ، عليه لا تتحول الوصايا في التزويج

(١) مغني المحتاج ٣/٧٦ .
(٢) المحلى ٩/٤٦٤.
(٣) حاشية الدسوقي ٦/٥٣١ ، وشرح الخرشي ٩/٥٠٢.
(٤) الكافي ٣/٢٥ ، كشاف القناع ٤/٣٩٨ .
(٥) الكافي لابن قدامة ٣/٢٥ .

للغير ، وإنما تتحول للولي الأبعد ؛ فهو الذي يحق له التزويج ويصح منه . والله أعلم .

هذه تقريبا أهم المسائل التي تتعلق بتحول الولاية وألخصه فيما يلي:

١ ـ اتفق الفقهاء على أن الولي القريب إذا توفي تحولت الولاية إلى الذي أبعد منه .

٢ ـ قد تتحول الولاية من الأقرب مع وجوده إلى الأبعد في بعض الصور :

أ ـ إذا اختل شرط من شروط الولاية .

ب ـ إذا غاب الولي الأقرب .

جـ ـ إذا عضل الولي الأقرب .

٣ ـ قد تتحول الولاية من الأقرب إلى الوصي وذلك عند بعض الفقهاء.

المبحث الرابع
التحول في العــدد

المطلب الأول : تحول المعتدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة .

المطلب الثاني : التحول من عدة الأشهر أو القروء أو وضـــع الحمـل إلى عدة أخرى .

تمهيـــــد :

تعريف العدة :

العدة لغة [١]:

العدة مفرد جمعها عِـدَد ، مـن العـد والإحصـاء ، يقـال: عـددت الشيء ، أي : أحصيته ، وعـدة المـرأة : أيـام أقرائهـا وأيـام إحدادهـا على الزوج ، وإنما سميت بذلك ؛ لاشتمالها على العَدَد من الأقراء أو الأشهر غالباً .

وفي الاصطلاح :

عرفها الحنفية بأنها : " تربص يلزم المرأة الحرة ــ عنـد زوال النكاح أو شبهته ــ للطلاق ، أو الفسخ "[٢].

وجاء تعريف المالكية للعدة : " مـدة منـع النكـاح : لفسـخه ، أو موت الزوج ، أو طلاقه " [٣].

وعنـد الشـافعية " اسـم لمـدة تـتربص بهـا المـرأة لمعرفـة بـراءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها " [٤].

وتعريفها عند الحنابلة نفس تعريف الشافعية لها [٥].

وقد عرفها الدكتور عبد الكريم زيدان بأنها : " مدة مقدرة بحكـم الشرع تـلزم المـرأة مراعـاة أحكامهـا ، عنـد الفرقـة بينهـا وبيـن زوجها"[٦].

---

(١) القاموس المحيط ٢٩٧ ، التوقيف للمناوي ص ٥٠٦ ، مختار الصحاح ص ١٧٥.

(٢) التعريفات للجرجاني ص ١٩٢ ، البحر الرائق لابن نجيم ٢١٤/٤ .

(٣) شرح الحدود للرصاع ٣٠٥/١.

(٤) مغني المحتاج ٣٨٤/٣ .

(٥) حاشية الروض المربع ٤٦/٧.

(٦) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، د. عبد الكريم زيدان ١٢١/٩، ط. مؤسسة الرسالة ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م .

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن تربص المرأة مدة معينة يجب أن يكون بدون زواج، فلا يحل لها أن تتزوج في هذه الفترة .

فالعدة تصرف ناشئ عن فرقة أو موت، ولكل تصرف حكمه الخاص به ، وفترةٌ تتربص فيها المرأة ، إلا أن هذه الفترة تختلف باختلاف أمرين رئيسيين :

الأول : سبب العدة : فقد يكون السبب الوفاة أو الطلاق .

الثاني : طبيعة المرأة وهل هي من ذات الأقراء أو لا .

وذلك أن المعتدة قد تبدأ بفترة عدة معينة ثم تتحول إلى فترة عدة أخرى ، وهكذا، ولكي نتعرف على كيفية التحول لابد لنا من العروج علىأنواع العدد حتى يمكننا تصور التحول الحاصل في العدد.

أنواع العـدد :

تنوع العدد من حيث الفترة الزمنية [١] التي تجلس فيها المرأة بدون زوج ، فتنقسم إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : العدة بالقروء :

قال تعالى :﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [٢].

والمراد بالمطلقات هنا : المدخول بهن من ذوات الحيض من غير الحوامل .

---

(١) العدد لها تقسيمات متعددة وذلك على حسب الاعتبارات المتاحة ، فإذا نظرنا إلى العدة من حيث نوع الفرقة التي استوجبتها نجد أن العدة تنقسم إلى أربعة أنواع :
النوع الأول : عدة الفرقة في النكاح الصحيح .
النوع الثاني : عدة الفرقة في النكاح الفاسد .
النوع الثالث : عدة الموطوءة بشبه .
النوع الرابع : عدة المزنى بها .
انظر المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، د. عبد الكريم زيدان ١٢٥/٩ .

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .

قال القرطبي في تفسيره هذه الآية : " والمطلقات لفظ عموم ، والمراد به الخصوص في المدخول بهن ، وخرجت المطلقة قبل البناء بآية ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [١].

وكذلك الحامل بقوله: ﴿ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٢] والمقصود من الأقراء الاستبراء ، بخلاف عدة الوفاة التي هي عبادة ، وجعل الله عدة الصغيرة التي لم تحض والكبيرة التي قد يئست الشهور " [٣].

فعدة المرأة المدخول بها من ذوات الحيض من غير الحوامل تكون مدتها ثلاثة قروء للآية .

إلا أن العلماء اختلفوا في تفسير القرء :

فذهب فريق منهم إلى أن القرء هو الطهر ، والقائل به كل من المالكية[٤] والشافعية [٥] والحنابلة في رواية [٦].

وذهب الفريق الثاني إلى أن القرء هو الحيض :

والقائل به الحنفية[٧]، وأحمد في الرواية الأخرى[٨] ولكل من الفريقين أدلته التي تراجع في مظانها .

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٤٩ .
(٢) سورة الطلاق : الآية ٤ .
(٣) تفسير القرطبي ٣/١١٢ .
(٤) شرح الخرشي ٤/١٣٤.
(٥) الأم : للشافعي ٨/٣٢٢ .
(٦) الإنصاف : لعلي بن سليمان المرداوي ٨/٤٦٠ .
(٧) المبسوط للسرخسي ، ٦/١٤ .
(٨) الفروع لابن مفلح ٥/٣٧٦ ، والإنصاف للمرداوي ٨/٤٦٠.

النوع الثاني : العدة بالأشهر :

هذا وقد ذهب الفقهاء إلى أن العدة بالأشهر تكون على حالتين :

الحالة الأولى : المعتدة بالأشهر بدلا من الحيض .

وهي التي تجب بدلاً عن الحيض في المرأة التي لم تر الدم ليأس أو صغر أو بلغت سن الحيض أو جاوزته ولم تحض فعدتها ثلاثة أشهر وذلك لقوله تعالى : ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ (١).

الحالة الثانية : العدة بالأشهر التي وجبت أصلاً وهي عدة الوفاة، أي: وفاة الزوج سواء كانت الوفاة قبل الدخول أم بعده، فتكون عدتها أربعة أشهر وعشراً .

ودليلها قوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ (٢).

النوع الثالث : العدة بوضع الحمل :

والمرأة الحامل إذا طلقت أو مات زوجها فإنها تعتد بوضع الحمل قال تعالى: ﴿ وَأُولاَتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (٣).

هذه أنواع العدد على عجالة ، ويتضح منها أن كل عدة تختلف عن الأخرى من حيث الزمن ، فزمن الأولى غير الثانية ، وغير الثالثة ، وحين التأمل في أحوال المرأة في العدة نجد صوراً تبدأ فيها المرأة المعتدة بزمن عدة معينة ثم يحصل أمر آخر ينازع العدة الأولى فيحولها إلى زمن عدة أخرى ، فقد تبدأ المرأة تتربص لزمن عدة الأشهر وتنتهي بعدة القروء ، وقد تبدأ بعدة الأشهر أوالقروء وتنتهي

---

(١) سورة الطلاق : الآية ٤

(٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

(٣) سورة الطلاق : الآية ٤.

بعدة الوفاة وهكذا . وهذا ما يمكن أن نسميه بتحول العدد ، فالتحول قد يكون :

أولاً : من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة .

ثانياً : التحول من عدة الأشهر أو القروء أو وضع الحمل إلى عدة أخرى .

وهذا ما سنبينه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول

تحول العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة

الطلاق أنواع : قد يكون رجعيّاً وقد يكون بائناً ، والطلاق البائن قد يكون في حالة الصحة أوحالة المرض ، ولكل حكمه .

المسألة الأولى : إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعيّاً ، فعلى المرأة أن تعتد للطلاق وعدتها تكون على حسب حالتها :

(١) فإذا كانت صغيرة لم تحض بعد أو آيسة، فإن عدتها للطلاق الرجعي ثلاثة أشهر.

(٢) أما إذا كانت المطلقة ممن تحيض فإن عدتها ثلاثة ، القروء ، حيث تتربص المرأة هذه المدة حتى تنتهي .

فالمرأة المعتدة من طلاق رجعي سواء عدة الأشهر أو القروء مازالت زوجة للمطلق حتى تنتهي العدة بدون رجعة فإذا حدث في أثناء اعتدادها للرجعة ، وقبل انتهائها أن توفي الزوج المطلق ، ففي هذه الحالة تتحول عدة الطلاق ــ التي هي فيها ــ إلى عدة الوفاة، وعليها أن تستأنف العدة للوفاة ؛ لأن عدة الطلاق قد سقطت عنها بوفاة زوجها كما لو كانت لم تطلق ؛ لأن المطلقة رجعيّاً لا تنفك عنها الزوجية حتى تنتهي العدة، فإذا كانت المرأة مستمرة في عدة الطلاق الرجعي فهي زوجة، والشارع أمر الزوجة إذا توفي زوجها أن تعتد له أربعة أشهر وعشراً ، قال تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾[١].

وهذا ما ذهب إليه الفقهاء حيث ذكروا أن الرجل إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً في حال صحته أو إذا طلبت هي منه ذلك ، ثم توفي أثناء ذلك فإن العدة تتحول إلى عدة الوفاة .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

يقول القرطبي[١] في تفسيره للآية السابقة : " أجمع العلماء على أن من طلق زوجته طلاقاً يملك رجعتها، ثم توفي قبل انتهاء العدة، أن عليها عدة الوفاة، وترثه"[٢].

ويقول الكاساني في هذا الصدد : " إذا طلق امرأته ثم مات ، فإن كان الطلاق رجعيّاً ، انتقلت عدتها إلى عدة الوفاة ... وعليها أن تستأنف عدة الوفاة ؛ لأنها زوجته بعد الطلاق ؛ إذ الطلاق الرجعي لا يوجب زوال الزوجية ، وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة"[٣].

ويقول الخرشي [٤] : " المطلقة طلاقاً رجعيّاً ، إذا مات زوجها عنها قبل انقضاء العدة من الطلاق ، فإنها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة، وتنهدم العدة الأولى"[٥].

والمالكية أضافوا تعليلاً آخر ـــ على التعليل بأن المطلقة هي زوجة المطلق ـ هو أن الأمربالعدة للوفاة هنا للتعبد لا للاستبراء فقط.

ويقول الماوردي من الشافعية : " إذا كانت [أي: المرأة] في عدة من طلاق رجعي فمات عنها زوجها قبل انقضاء عدتها ولو

---

(١) القرطبي : هو محمد بن أحمد بن بكر بن فرج ، أندلسي من أهل قرطبة ، ومن كبار المفسرين، (ت ٦٧١هـ) له مؤلفات منها : الجامع لأحكام القرآن ، التذكرة بأمور الآخرة ، وغيرهما . انظر: شجرة النور الزكية ص ١٩٧ ، الأعلام ٣٢٢/٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١٨٢/٣ ط. دار الكتب ، وانظر كذلك الإجماع لابن المنذر، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد ص ٨٧ ، ط. رئاسة المحاكم الشرعية ، الشئون الدينية ، قطر .

(٣) البدائع ٢٠٠/٣ ، وانظر كذلك حاشية ابن عابدين ١٥٤/٥ .

(٤) الخرشي: هو محمد بن عبد الله الخرشي ، فقيه مالكي ، من أهل القاهرة (ت : ١١٠١هـ) له مؤلفات منها الشرح الصغير على متن خليل، والشرح الكبير على متن خليل كذلك ، وغيرهما. انظر: الأعلام ١١٦/٧.

(٥) شرح الخرشي١١٢/٥، وانظر: منح الجليل علىمختصر خليل٣١٠/٤، وحاشية الدسوقي ٤٢٢/٣.

بساعة ، بطلت عدة الطلاق، وانتقلت إلى عدة الوفاة ، وسواء كانت تعتد من الطلاق بالأقراء أوبالشهور ، فلو اعتدت من شهور الطلاق بثلاثة أشهر إلا ساعة ، استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً " (١).

ويقول ابن قدامة : " وإذا مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف " (٢).

وهكذا نرى اتفاق فقهاء المذاهب على أن المرأة المطلقة طلاقا رجعيّاً إذا توفي عنها زوجها وهي في العدة ، تتحول عدتها من عدة الطلاق ـ الأشهر أوالأقراء ـ إلى عدة الوفاة ، وسبب ذلك يرجع لأمرين :

الأول : أن العدة في الوفاة هي للعبادة لا للاستبراء ؛ لأنها لو كانت للاستبراء لكان يكفيها العدة بالأشهر والأقراء ، ولكن لما كان الأمر للتعبد جعلت العدة أربعة أشهر وعشراً ، فعلى المطلقة أن تستأنف عدة الوفاة بحساب جديد للتعبد .

والثاني : أن المطلقة رجعيّاً لم تخرج عن الزوجية ، ولهذا لو أراد أن يراجعها في أثناء العدة لراجعها بدون عقد جديد ولا مهر جديد ، وإذا مات الزوج وهي في العدة ورثته ، مما يدل على أن الزوجية قائمة أثناء العدة في الطلاق الرجعي .

وبناءً على ذلك يجب على المرأة أن تتحول لعدة الوفاة . والله أعلم .

---

(١) الحاوي للماوردي ٢٤٢/١١ ، وانظر المهذب للشيرازي ٥٤٣/٤ ، والوسيط للغزالي ١٤٧/٦، ومغني المحتاج ٣٩٦/٣.

(٢) المغني ١٠٩/٩ ، وانظر كذلك الكافي لابن قدامة ٣١٠/٣.

المسألة الثانية : إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً وتوفي وهي في العدة .

في هذه المسألة لابد لنا أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً في حال صحته،أو بطلب منها في حال مرضه .

الحالة الثانية : إذا طلق زوجته في حال مرضه بغير طلب منها .

الحالة الأولى : إذا طلق زوجته طلاقا بائنا في حال صحته ، أو بطلب منها في حال مرضه :

لقد اتفق الفقهاء أن المطلقة طلاقا بائنا ليست زوجة للمطلق ، وخاصة إذا طلقها في حالة صحته أو بطلب منها، والدليل علىانقطاع الزوجية ، أن الزوج إذا توفي أو إذا ماتت الزوجة في وقت العدة فلا توارث بينهما(١). وعليه يتبين أن الرجل إذا طلق زوجته بائناً ثم توفي وهي في عدته فإن العدة لا تتحول إلى عدة الوفاة ؛ وذلك لعدم الزوجية الموجبة لعدة الوفاة ، وعلى المرأة أن تستمر في عدة الطلاق البائن، ولاتتحول إلىعدة الوفاة .

قال الكاساني: " وإن كان بائناً [أي الطلاق] فإن لم ترث بأن طلقها حالة الصحة ـ لا تنتقل عدتها؛ لأن الله تعالى أوجب عدة الوفاة على الزوجات بقوله ﷻ ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ ﴾ وقد زالت الزوجية بالإبانة والثلاث ، فتعذر إيجاب عدة الوفاة فبقيت عدة الطلاق على حالها" (٢).

---

(١) يقول ابن المنذر : " وأجمعوا على أن المطلقة ثلاثا لو ماتت لم يرثها المطلق؛ وذلك لأنها غير زوجته" . الإجماع لابن المنذر ص ٨٧ .

(٢) البدائع ٣/٢٠٠ ، وإليه ذهب المالكية ، حيث قال الخرشي : " واحترز بالرجعية ، من التي طلقت طلاقا بائنا ثم مات زوجها قبل انقضاء العدة ، فإنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة وتستمر على عدة الطلاق بالأقراء" . انظر شرح الخرشي على =

فتتبني على الطلاق البائن عدة أمور :

١ ـ عدم الزوجية .

٢ ـ عدم التوارث بين الزوجين سابقاً .

٣ ـ عدم النفقة إن كانت غير حامل .

فلا تتحول عدة المطلقة بائناً إلى عدة الوفاة لانقطاع العلاقة الرابطة بينهما ؛ والله ﷻ لما أمر بعدة الوفاة إنما أمر الزوجة ، والبائن ليست زوجة ، فلا تتحول إلى عدة الوفاة إذا مات المطلق . والله أعلم .

الحالة الثانية : إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً في حال مرضه بغير رضا منها :

والمرض المراد هنا هو: مرض الموت وهو المرض الذي يتبعه موتٌ متصل به ، فالمريض مرض الموت إذا تصرف يمكن الحجر عليه ، وتكون تصرفاته موقوفة على إجازة الورثة .

ومن جملة التصرفات الطلاق البائن [١]؛ وذلك إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً ، وهو ما يسميه الفقهاء طلاق الفار .

=المختصر ١١٢/٥ ، وكذلك حاشية الدسوقي ٤٢٢/٣ ، كما ذهب إليه ذهب الشافعية والحنابلة ، انظر: الحاوي للماوردي ٢٤٢/١١ ، ومغني المحتاج ٣٩٦/٣ ، والكافي ٣١٠/٣ ، والمغني ١٠٩/٩ .

(١) لقد اتفق الفقهاء على أن الرجل المريض إذا طلق امرأته ، فطلاقه نافذ ، كالصحيح ، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة ما دامت في العدة من طلاق رجعي ، أما إن طلقها في حال الصحة بائناً أو رجعيّاً ، فبانت منه بانقضاء عدتها فلا توارث بينهما إجماعاً .
واختلفوا في إرث الزوجة المطلقة طلاقاً بائناً إذا مات الزوج في أثناء العدة من هذا الطلاق، وعلى هذا الخلاف ينبني الخلاف في مسألتنا وهي عدة البائن إذا طلقها الزوج في حال مرضه . انظر : الفقه الإسلامي وأدلته ٤٥٢/٧ ــ ٤٥٣ وهبة الزحيلي .

فإذا طلق المريض طلاقاً بائناً ، هل نعتبر هذا الطلاق فراراً من الإرث فنعامله بخلاف قصده ، كما في التبرع بأكثر من الثلث ؟ أم نقول بانتهاء العلاقة الزوجية ، فلا إرث ولا تحول إلى عدة وفاة ولا غير ذلك .

اتجه الفقهاء في هذه المسألة إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ذهب إلى أن المطلقة طلاقاً بائناً في حالة المرض إذا توفي عنها المطلق ، فإن عدتها تتحول من البائن إلى أبعد الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة .

والقائل بذلك الحنفية[١] إلا أبا يوسف والحنابلة [٢].

قال ابن نجيم : " عدة المطلقة بائناً في مرض موته بغير رضاها عدة الوفاة وعدة الطلاق ، فالمراد بأبعد الأجلين مضي أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض ، حتى لو مضت هذه المدة ولم تحض كانت في العدة حتى تحيض ثلاثاً " [٣].

ويقول ابن قدامة: " إن مات مطلق البائن في عدتها بنت على عدة الطلاق إلا أن يطلقها في مرض موته،فإنها تعتد أطول الأجلين من عدة الوفاة أو ثلاثة قروء"[٤].

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ ـ أن النكاح لما جَعَلَ للزوجة أو المطلقة أثناء العدة حقَّ الإرث من الميت ، فلأن يُجعل ويُبقى حق وجوب العدة أولى [٥].

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٢٣٠/٤ ، وانظر البدائع ٢٠٠/٣ ـ ٢٠١ ، البناية في شرح الهداية ٤١٤/٥ ، شرح فتح القدير ٣١٥/٤.

(٢) المغني ١٠٩/٩ .

(٣) البحر الرائق ٢٣٠/٤.

(٤) المغني ١٠٩/٩.

(٥) البدائع ٢٠٠/٣ ، البناية شرح الهداية ٤١٤/٥ .

٢ ـ أن العدة يحتاط في إيجابها أكثر ، فكان قيام النكاح من جهة الإرث كافياً لوجوب العدة احتياطاً ، فيجب عليها الاعتداد أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض [١].

٣ ـ لما كانت المطلقة وارثة وجبت عليها عدة الوفاة ، ولما كانت مطلقة وجبت عليها عدة الطلاق ، فلابد من تحول العدة لأبعد الأجلين بعد أن كانت في عدة طلاق [٢].

الاتجاه الثاني : ذهب أصحابه إلى أن المرأة التي في عدة الطلاق البائن، إذا توفي عنها المطلق ، فإن العدة التي فيها لا تتحول ولا تستأنف عدة أخرى ، إنما تبنى على عدة الطلاق التي فيها .

والقائل بذلك أبو يوسف من الحنفية[٣]،والمالكية[٤]،والشافعية[٥].

واستدلوا لرأيهم :

بأن الشارع إنما أوجب عدة الوفاة على الزوجة ، والبائن ليست زوجة بالاتفاق .

ثم عللوا القول بإبقاء حق الإرث لها ؛ بأن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصد الزوج وعمده حرمانها من الإرث ، فيعامل بنقيض قصده ، وليس معنى هذا أن الزوجية قائمة ، فنوجب عليها عدة الوفاة مع الطلاق .

وعلى رأي الفريق الثاني لا تتحول العدة التي فيها إلى غيرها وإنما تستمر في عدتها ، بخلاف الفريق الأول القائل بتحول عدة المطلقة في حالة مرض الزوج إذا توفي الزوج إلى عدة الوفاة .

---

(١) انظر المرجعين السابقين .
(٢) المغني ١٠٩/٩ ، والكافي ٣١١/٣ .
(٣) البدائع ٢٠٠/٣ .
(٤) شرح الخرشي على المختصر ١١٢/٥ ، والدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٢/٣ ، منح الجليل ٣١٠/٤ .
(٥) روضة الطالبين ٣٩٩/٨ ، مغني المحتاج ٣٩٦/٣ .

المطلب الثاني

التحول من عدة الأشهر أو القروء أو وضع الحمل إلى عدة أخرى

ذكرنا أن الزوجة الصغيرة أو التي يئست من الحيض أو التي لم تحض بعد بلوغها سن الحيض ، إذا طلقها الزوج فعدتها تكون بالأشهر، لقوله تعالى ﴿وَاللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أَشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[١] وهذا محل اتفاق بين الفقهاء .

وكذلك اتفق الفقهاء على أن المدخول بها غير الحامل من ذوات الحيض، إذا حصلت الفرقة بالطلاق أو بغيره من الخلع أو الفسخ للعيب فإن عدتها إنما تكون بالقروء .

لكن المرأة قد تبدأ بعدة معينة ثم تتحول إلى عدة أخرى لسبب من الأسباب ، فقد تبدأ بعدة الأشهر ، ثم تتحول لعدة القروء ، وقد تبدأ بعدة القروء، ثم تتحول لعدة الأشهر .

والصور الكائنة لهذا التحول هي :

الصورة الأولى : تحول العدة من الأشهر إلى عدة القروء .

الصورة الثانية : تحول العدة من القروء إلى عدة الأشهر .

الصورة الثالثة : تحول العدة من القروء أو الأشهر إلىعدة وضع الحمل.

---

(١) سورة الطلاق : الآية ٤ .

الصورة الأولى : تحول العدة من الأشهر إلى القروء :

إذا طلقت الزوجة ، وكانت صغيرة لم تحض أو يائسة من الحيض فتجب عليها العدة ، إلا أن عدتها تكون بالأشهر ، فإذا بدأت بالعدة ـ أي بالأشهر ـ وأثناء العدة جاءها الحيض فلها حالتان :

الحالة الأولى : إذا كانت المرأة صغيرة لم تحض ، أوبلغت سن الحيض ولكنها لم تحض ، فبدأت بعدة الأشهر ثم جاءها الحيض أثناء العدة ، فإن الفقهاء اتفقوا على أن عدتها تتحول من الأشهر إلى الأقراء ، فبعد أن كانت تحسب لعدة الأشهر تتحول وتستأنف العد لعدة الأقراء .

يقول الكاساني : " أما الأول ـ أي صور التحول من الأشهر إلى القروء ـ فنحو الصغيرة اعتدت ببعض الأشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها من الأشهر إلى الأقراء " [١].

ويقول الخرشي : " عدة الصغيرة ثلاثة أشهر ، فإذا طلقها زوجها وأخذت تعتد بالأشهر فرأت الدم ولو في آخر يوم من أشهرها، فإنها تنتقل إلى العدة بالأقراء ويلغي ما تقدم لها من الأشهر "[٢].

وذكر الشيرازي [٣] مثل ذلك فقال : " وإذا شرعت الصغيرة في العدة بالشهور، ثم حاضت ، لزمها الانتقال إلى الأقراء "[٤].

---

(١) البدائع ٢٠٠/٣ ، وانظر كذلك الاختيار لتعليل المختار ١٧٤/٣ ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٣٣/٤ .

(٢) شرح الخرشي على المختصر ١٠٨/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤١٩/٣ ـ ٤٢٠، منح الجليل شرح على مختصر خليل ٣٠٧/٤ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٨ .

(٣) الشيرازي : هو إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، أبو إسحاق ، شيخ الإسلام علماً وعملا (ت ٤٧٦هـ)، له مؤلفات منها : اللمع ، والمهذب ، والتنبيه . انظر : طبقات الشافعية للأسنوي ٧/٢ ـ ٨ ، تحقيق كمال يوسف الحوت . ط. دار الكتب العلمية ، وسير أعلام النبلاء ٤٥٢/١٨.

(٤) المهذب ٥٣٩/٤ ، وانظر مغني المحتاج ٣٨٦/٣ .

ويقول ابن قدامة: " وإن شرعت الصغيرة في الاعتداد بالشهور فلم تنقض عدتها حتى حاضت، بطل ما مضى من عدتها واستقبلت العدة بالقروء "[١].

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ ـ أن الأصل في العدة كونها بالأقراء وذلك أضبط في معرفة براءة الرحم من الحمل ، إلا أن الأصل غير محكم وذلك لصغر السن فأخذنا بالبدل وهو الأشهر، لمظنة عدم الحمل بعد مجاوزة هذه الأشهر.

فإذا رجع أو ظهر الأصل الذي هو القرء فعليها استئناف العدة بظهور الأصل ، وذلك لأن القدرة على الأصل تبطل حكم البدل .

٢ ـ قاسوا هذه المسألة على الذي تيمم وهو قادر على الوضوء، فمتى قدر على الوضوء فإن التيمم يسقط؛ لأن الأصل الوضوء، والتيمم بدل عنه ، فمتى ظهر الأصل واستطاع الوضوء ، سقط البدل وهو التيمم . وكذلك عدة الأشهر للصغيرة فهي بدل عن الأقراء ، إلا أنها متى استطاعت العدة بالأقراء بأن حاضت، فإن عدة الأشهر تسقط عنها وتتحول إلى عدة الأقراء ؛ قياساً على سقوط التيمم لمن قدر على الوضوء .

فالبدل إذا لم يكن مقصوداً في نفسه، بل يراد لغيره ، لم يستقر حكمه [٢]، ومعنى لم يستقر حكمه، أي : أن الحكم الذي فيه يتحول إلى المبدل عنه الذي هو الأصل إذا وجد.

---

(١) الكافي ٣٠٧/٣ ، والمغني ١٠٣/٩ .

(٢) انظر المنثور في القواعد للزركشي ٢٢١/١ .

ومثاله العدة ، فإنها غير مقصودة لذاتها وإنما القصد من العدة معرفة براءة الرحم ، فعليه إذا رأت الصغيرة المعتدة بالأشهر الدم أثناء العدة فإن العدة تتحول إلى الأقراء [١].

الحالة الثانية لتحول العدة من الأشهر إلى الأقراء : هي ما إذا كانت المرأة يائسة :

فإذا كانت المرأة قد يئست من الحيض فعدتها تكون بالأشهر ، وذلك لقوله تعالى ﴿ وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [٢].

فإذا بدأت الآيسة [٣] بعدة الأشهر ثم رأت بعد ذلك الدم ، فهل تتحول إلى عدة الأقراء أم تستمر في العدة التي فيها ؟

---

(١) ذكر الزركشي في قواعده : أنه إذا شرع في البدل ، ثم قدر بعد ذلك على الأصل ـ أي في الأثناء ـ هل ينتقل إلى الأصل أم يبقى على البدل ؟ ثم فرق بين حالتين:
الأولى : ما إذا كان البدل مقصوداً في نفسه ليس يراد لغيره ، استقر حكمه كما لو قدر على العتق بعد الشروع في الصوم في كفارة الإيلاء.
الثانية : إذا لم يكن مقصوداً لنفسه بل يراد لغيره ، لم يستقر حكمه كالتيمم للقادر على الوضوء . انظر: المنثور في القواعد ٢٢٠/١.

(٢) سورة الطلاق : الآية ٤ .

(٣) الآيسة من المحيض هي التي بلغت من عمرها سناً لا تحيض فيه عادة ، واختلفوا متى تبلغ المرأة سن اليأس :
فعند الحنفية اختلفوا هل هو خمسون أو خمس وخمسون ، أم لا تقدير بل أن تبلغ من السن ما لا يحيض مثلها فيه ؟ حاشية ابن عابدين ١٥٦/٥.
وعند المالكية: اليأس عندهم ما بين الخمسين والسبعين . شرح الخرشي ١٠٨/٥.
وعند الشافعية والحنابلة : قيل : إنه خمسون سنة ، وقيل : يعتبر السن الذي يتبين أنه إذا بلغته لم تحض ، وقال بعضهم : اثنان وستون . وقيل : هو السن الذي ييأس فيه نساء عشيرتها . انظر: مغني المحتاج ٣٨٧/٣ ، المهذب للشيرازي ٥٣٧/٤ ، الكافي ٣٠٦/٣ .

لقد اتفق الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] على : أن المرأة إذا بلغت سن اليأس ثم رأت دم الحيض الذي كان يأتيها ، وعلمت علم اليقين أنه دم حيض ، فإن العدة التي كانت فيها تتحول من الأشهر إلى الأقراء .

والأدلة السابقة في تحول عدة الصغيرة إلى الأقراء[٥] يستدل بها لهذه الصورة لأن أصل العدة أن تكون بالقروء . ولما امتنع ذلك قلنا : العدة بالأشهر ، فلما عاد الأصل عملنا به وتحولت العدة إلى الأشهر .

وهذا ما اتفق عليه الفقهاء من أن الآيسة إذا رأت دم حيضها الذي كان يأتيها سابقاً وبنفس المدة ، وتأكدت من ذلك ، تحولت العدة من الأشهر إلى الأقراء.

أما الآيسة إذا أتاها الدم وقد شكت في أمره ، هل هو دم مرض أم هو دم الحيض الذي كان يأتيها من قبل ؛ إذ يكون قد انقطع لعلة ثم رجع ؟ فذهب بعض الحنفية ـ على رواية الذين جعلوا لليأس وقتاً معيناً ـ أنه متى بلغت ذلك الوقت ثم رأت بعده الدم ، فالدم الذي تراه لا يعتبر دم حيض، وعليه لا تتحول إلى عدة الأقراء ، وإنما تبنى على عدتها التي هي فيها ، أي عدة الأشهر[٦].

---

(١) ذهب الحنفية في ظاهر الرواية عندهم : أن سن اليأس ليس له وقت محدد، وعليه إذا رأت الآيسة الدم تحولت إلى عدة الأقراء .
قال الكاساني : وكذا الآيسة إذا اعتدت ببعض الأشهر ثم رأت الدم ، تنتقل عدتها إلى الحيض . انظر: البدائع ٢٠٠/٣ ، الاختيار لتعليل المختار ١٧٣/٣ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣١٧/٤، تبيين الحقائق ٢٩/٣ .

(٢) اشترط المالكية للتحول إلى عدة الأقراء أن ترجع المرأة لأهل المعرفة في ذلك، فإن قالوا : إنه حيض تتحول العدة ، وإلا تستمر على ما هي فيه . انظر: شرح الخرشي ١٠٨/٥ ، منح الجليل ٣٠٦/٤ .

(٣) مغني المحتاج ٣٨٧/٣ ، وهو المذهب الجديد للشافعية .

(٤) الكافي لابن قدامة ٣٠٦/٣.

(٥) ص ٢٠١ من البحث .

(٦) البدائع ٢٠٠/٣ ، تبيين الحقائق ٢٩/٣ .

وكذلك الشافعية رأوا ذلك حيث قالوا : إن المرأة إذا بلغت سن اليأس ثم أتاها الدم فإنها لا تتحول لعدة الأقراء [١].

وذهب المالكية [٢] إلى أن الدم النازل من الآيسة البادئة في عدة الأشهر إذا رأته بعد الخمسين ، فإن هذا الدم يكون مشكوكاً فيه يرجع فيه إلى عادة مثلها من النساء، لمعرفته هل هو حيض فتتحول إلى عدة الأقراء ، أم لا فلا تحول .

وأما الحنابلة [٣] فقالوا : إذا رأت المرأة الآيسة المعتدة بالأشهر الدم قد نزل منها وقد جاوزت سن الستين ، فإنها لا تتحول إلى عدة الأقراء ؛ لأن هذا الدم ليس بحيض حتى تتحول إلى الأقراء .

وأما إذا رأت الدم بعد الخمسين وقبل الستين، فإن كان على العادة التي كان يأتيها فهو حيض في الصحيح ، وعدتها تتحول إلى الأقراء ، وإذا شكت في ذلك رجعت فيه للنساء من ذوات الخبرة لمعرفة نوع الدم .

والراجح فى هذا الأمر : هو الرجوع إلى العلم بالطب الذي تقدم في هذا الزمان تقدماً كبيراً ، فإذا دخلت المرأة في سن اليأس ، ثم جاءها الدم بعد ذلك ، ننظر في الأمر: إذا حكم الأطباء أنه دم حيض وسيستمر عليها ولا ينقطع ، قلنا بتحول عدتها، وإذا قالوا غير ذلك فلا تتحول ، وإنما تستمر في عدة الأشهر؛ لأنها أيست فأخذت بعدة الأشهر .

وإذا ثبت أن الدم الذي رأته الآيسة دم حيض ، فلا تتحول عدتها مباشرة إلى القروء حتى تتأكد أن هذا الدم سيستمر، إذ قد ينزل الدم مرة واحدة ثم ينقطع ، وبالتالي يجب عليها أن ترجع إلى عدة

---

(١) مغني المحتاج ٣/٣٨٧ .
(٢) منح الجليل ٤/٣٠٦ ، شرح الخرشي ٥/١٠٨.
(٣) المغني ٩/٩٣.

الأشهر مرة أخرى ، وهكذا قد لا يستقر لها حال ، وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء .

فعلى الآيسة إذا رأت الدم أن تراجع فيه الطبيب وأهل العلم والخبرة ، وتتحول إلى العدة إذا قالوا لها : إن ذلك الدم هو دم حيض وسيستمر عليها،أما إذا قالوا لها بأنه لن يستمر فتبقى على عدة الأشهر.

الصورة الثانية : تحول العدة من الأقراء إلى عدة الأشهر :

اتفق الفقهاء (١) على أن المرأة المعتدة إذا شرعت في عدة الأقراء ، ثم لم تر الدم بعد ذلك لطعنها في سن اليأس، فإنها تتحول من عدة الأقراء إلى عدة الأشهر. فإذا حاضت في العدة حيضة أو حيضتين ثم يئست من المحيض ، فإنها تتحول للأشهر، عملاً بالآية ﴿والَّلآئِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ (٢).

واستدلوا لرأيهم (٣) بما يلي :

١ ـ أن العدة واجبة على المرأة إذا وجد السبب ، فإذا بدأت بالعدة تعين إتمامها حتى تُسقط الواجب الذي عليها ، ولكن إذا شرعت في عدة القروء لكونها من أهل الحيض، ثم انقطع هذا الحيض لليأس ، فقد تعذر على المرأة إتمام العدة ؛ لأن الحيض منقطع ، فلما تعذر ذلك تحولت عدتها إلى الأشهر لإتمام العدة وإسقاط الواجب .

٢ ـ أن الجمع بين البدل والمبدل منه ممتنع ، فالجمع في عدة واحدة بين الحيض والأشهر كذلك ممتنع ؛ لعدم صحة الجمع بين

---

(١) الاختبار لتعليل المختار ١٧٤/٣ ، شرح فتح القدير ٣١٩/٤ ، شرح الخرشي ١٠٢/٥، مغني المحتاج ٣٨٧/٣ ، روضة الطالبين ٣٧١/٨ ، المغني لابن قدامة ١٥٤/٩ .

(٢) سورة الطلاق : الآية ٤.

(٣) المراجع نفسها .

البدل والمبدل منه ، ولأنه إذا جمع بين الأقراء والأشهر لكان الشيء الواحد أصلاً وبدلاً ، وهذا ممتنع .

٣ ـ أن ذلك من باب التيسير على المرأة ، فالمعسور يسقط بالميسور ، فلما عسر على المرأة إتمام العدة لانقطاع الحيض ، سقطت عنها عدة الأقراء للعسر ، وتحولت إلى الميسور من عدة الأشهر .

الصورة الثالثة : تحول العدة من الأشهر أو القروء إلى عدة وضع الحمل :

ذكرنا أن عدة المرأة تكون بالأشهر إذا لم تكن ذات حيض ، أو بالقروء إذا كانت من ذوات الحيض ، فإذا لم تكن ذات حيض بأن كانت صغيرة فبدأت بعدة الأشهر ، وأثناء العدة ظهر حمل ، فإنها تتحول إلى عدة وضع الحمل . وهذا باتفاق مذاهب أهل العلم : الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة (٤).

وذلك لقوله تعالى :﴿ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٥). فهذه الآية مخصِّصة لقوله تعالى :﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾(٦) إذا اعتدت لطلاق أو فسخ أو خلع ، ومخصِّصة كذلك لقوله تعالى: ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾(٧) إذا كانت العدة عدة وفاة .

---

(١) البدائع ٢٠١/٣.
(٢) شرح الخرشي ١٠٩/٥ ـ ١١٠ .
(٣) مغني المحتاج ٣٨٩/٣ .
(٤) المغني لابن قدامة ١٠٤/٩ .
(٥) سورة الطلاق : الآية ٤ .
(٦) سورة الطلاق : الآية ٤ .
(٧) سورة البقرة : الآية ٢٣٤ .

أما إذا كانت المرأة ذات حيض فشرعت في العدة بالقروء[١] ثم ظهر بها حمل من زوجها المطلق ، فإنها تتحول إلى عدة وضع الحمل ؛ للآية السابقة المخصصة لقوله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [٢].

وقد جاء في مغني المحتاج : " ولما ظهر في أثناء عدة أقراء أو أثناء عدة أشهر أو بعدها حمل للزوج اعتدت بوضعه ، ولغط ما مضى من أقراء أو أشهر ؛ لأنه يدل على البراءة قطعاً " [٣]. هذا والله أعلم .

---

(١) القول بالتحول من الأقراء إلى وضع الحمل إنما هو خاص لمن ذهب إلى أن الحامل تحيض وأن الدم الذي تراه أثناء الحمل هو حيض ، وخاصة إذا نزل في وقته المعتاد . والقائل به كل من المالكية والشافعية ، وعلى هذا الرأي إذا بدأت المرأة بعدة الأقراء ثم رأت الحمل ، فإنها تتحول من عدة الأقراء إلى عدة وضع الحمل . انظر: مواهب الجليل ٣٦٩/١، والمجموع ٤١٣/٢.
أما المذهب الحنفي والحنبلي القائل بأن المرأة الحامل لا تحيض ، فإذا شرعت المرأة بعدة الأقراء فظهر لها حمل فإن العدة إنما هي عدة حمل منذ البداية ، والذي يتحول عندهم هو العد ، فبعد أن كانت تحسب الفترة بانتهاء الأقراء تتحول إلى وضع الحمل . انظر المبسوط ١٤٩/٣، والمغني ٤٠٥/١.
والراجح من هذه الآراء : رأي الحنفية والحنابلة؛ وذلك لأن الطب الحديث أثبت امتناع اجتماع الحمل مع الحيض ، فالدم الذي تراه الحامل إنما هو استحاضة ، وفي هذا يقول د. عمر الأشقر : " وقد أصبحنا اليوم نعلم يقيناً أن الدم الذي يصيب الحامل أثناء حيضها ليس بدم حيض وإنما هو دم استحاضة .. لأنهما نقيضان ، فإذا وجد الحيض فلا حمل ، وإذا وجد الحمل فلا حيض ".
انظر بحث بعنوان الحيض والحمل والنفاس ، مقدم من د. عمر سليمان الأشقر ص ١٤٦ ، نشر في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، ط. جامعة الكويت ، العدد ١١ .
(٢) سورة البقرة : الآية ٢٢٨ .
(٣) مغني المحتاج ٣٨٩/٣.

المبحث الخامس
التحول في الحضانـة

تمهيـــد .

المطلب الأول : تحول الحضانة لفقد شرط من شروط استحقاقها .

المطلب الثاني : تحول الحضانة للمستحق .

تمهيــــد :

تعريف الحضانة :

الحضانة لغة [١]:

اسم مصدر لحضنت المرأة ولدها حضنا، أي جعلته في حضنها أو ربته ، فهي حاضنة وهو حاضن .

وأصله من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح ؛ لأن الحاضنة تجعل الطفل هنالك ، ويقال: حضن الطائر بيضه ، إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، وكذلك إذا حضنت المرأة ولدها .

والمحاضن : هي مواضع جعل الطائر بيضه .

والحضانة شرعاً [٢]:

جاء في حدود ابن عرفة أن الحضانة هي : " حفظ الولد في مبيته ، ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه " [٣].

وعرفها الإمام النووي في منهاجه بأنها: " هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تميزه، وتربيته بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك "[٤].

وتدور تعاريف العلماء حول هذا المعنى، فكلها جاءت بمعنى حفظ الولد الذي لا يستطيع تدبير أموره ، بما يحتاج .

---

(١) مختار الصحاح ص ٦٠ ، القاموس المحيط ص ١١٩٠ .

(٢) التعريفات للجرجاني ص ١١٩ ، وطلبة الطلبة للنسفي ص ١٠٨ ، والبدائع ٤/٤٠، وشرح حدود ابن عرفة ٣٢٤/١ ، وحاشية الدسوقي ٥٠٨/٣ ، والنظم المستعذب ٢٢٩/٢، ومغني المحتاج ٤٥٢/٣، والمطلع على أبواب المقنع ص ٣٥٥ ، وحاشية الروض المربع ١٤٨/٧.

(٣) حدود ابن عرفه وشرحها للرصاع ٣٢٤/١ .

(٤) مغني المحتاج ٤٥٢/٣ .

فالحضانة تصرف وحق من الحقوق التي أعطى الشارع لصاحبه تدبير أمور من يستحقها، بداية من القيام بالأمور المعنوية من تربيته وتعليمه، إلى القيام بالأمور الحسية من التنظيف والتغسيل والإطعام .

حكم الحضانة :

الحضانة واجبة شرعا؛ لأن الشرع قد أمر بالمحافظة على الدين والنفس والنسب وغيره من الكليات الخمس ، فهذه الأمور لا تتم إلا عن طريق الحضانة والقيام بشئون الطفل من قبل أحد الأشخاص[١].

وكذلك قد اتفق الفقهاء على أن العلاقة أو الحياة الزوجية إذا انتهت بأي طريق من موت أو طلاق أو خلع ، ووجد بين الزوجين ولد صغير، فإن أولى الناس بحضانته هي أمه .

يقول ابن المنذر [٢]: " وأجمعوا أنالزوجين إذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به ما لم تنكح " [٣].

يقول الإمام الشعراني[٤] في ذلك : " اتفق الأئمة على أن الحضانة تثبت للأم ما لم تتزوج ، وإذا تزوجت ودخل بها الزوج سقطت حضانتها ، هذا ما وجدته في الباب من مسائل الاتفاق " [٥].

---

(١) المغني ٢٩٨/٩ ، والموسوعة الفقهية ٣٠٠/١٧.

(٢) ابن المنذر : هو محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، أبو بكر ، فقيه مجتهد من الحفاظ (ت٣١٩هـ) له مؤلفات منها الاجماع والاختلاف ، واختلاف العلماء، وتفسير القرآن .
انظر: سير أعلام النبلاء ٤٩٠/١٤ ، والأعلام ٢٩٤/٥.

(٣) الإجماع لابن المنذر ص ٧٩ .

(٤) الشعراني هو : عبد الوهاب بن أحمد بن علي الحنفي ، نسبة إلى محمد ابن الحنفية ، أبو محمد ، (ت ٩٧٣هـ) له مؤلفات منها: أدب القضاة ، تنبيه المغترين، ودرر الغواص ، وغيرهما .
انظر: شذرات الذهب ٣٧٢/٨ ، والأعلام ١٨٠/٤.

(٥) كتاب الميزان ٢٧٤/٣ لعبد الوهاب الشعراني ، تحقيق د. عبد الرحمن عميرة ، عالم الكتب ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م .

واستدلوا لذلك بما روي عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، عن عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني ، فقال رسول الله ﷺ : " أنت أحق به ما لم تنكحي " (١).

هذا ما اتفق عليه الفقهاء من أحكام الحضانة، وفيما سوى ذلك ظهور خلاف بينهم ، إلا أن الخلاف الذي يهمنا هو ما يتعلق بموضوع التحول الحاصل في الحضانة ، حيث نجد أن الخلاف فيه على نوعين :

أولاً : هل تتحول الحضانة لفقد شرط من شروطها ، أم لا ؟.

ثانياً : وإذا تحولت الحضانة فإلى من تتحول ؟ ومن هو المستحق للحضانة ؟.

وهذا ما نوضحه في المطلبين التاليين .

---

(١) رواه أبو داود في سننه كتاب الطلاق : باب من أحق بالولد ، رقم (٢٢٧٦) ٢/٢٨٣، ورواه البيهقي في سننه كتاب النفقات باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، رقم (١٥٥٤١) ٨/٤.

المطلب الأول

تحول الحضانة لفقد شرط من شروط استحقاقها

الحاضن قد يكون امرأة وقد يكون رجلاً، وهناك شروط مشتركة بينهما ، وهناك شروط خاصة بالمرأة وشروط خاصة بالرجل، وهذه الشروط منها ما هو محل اتفاق بين الفقهاء ، ومنها ما هو محل اختلاف بينهم .

أولاً : الشروط المتفق عليها [(١)]:

١ ـ البلوغ : فالصغير الذي لم يصل إلى سن البلوغ لا يكون حاضناً لغيره ؛ وذلك لأنه يحتاج إلى الرعاية وإلى ترتيب أمور نفسه.

٢ ـ العقل : فالمجنون كذلك لا يصح أن يكون حاضناً لغيره؛ لحاجته للرعاية.

٣ ـ القدرة على القيام برعاية وصون الصغير ، فالحضانة لا توكل إلى العاجز لكبر وهرم ، أو لمرض معيق .

٤ ـ الأمانة : والمراد بها أمانة الخلق والدين ، فالفاسق الذي لا يؤمن أن يضيع المحضون عنده ، كأن يشتهر الحاضن بالفسق لشربه الخمر أو قيامه بالسرقة أو فعل الفواحش والمنكرات ، لا يثبت له حق الحضانة .

هذا ما اتفق عليه الفقهاء من الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى الحضانة من رجل أو امرأة ، ومن فقد شرطاً من هذه الشروط فإن حق الحضانة يتحول إلى الذي بعده في الاستحقاق .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢٠٣/٥ ، منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش ٤٢٥/٤ ، الحاوي الكبير للماوردي ٥٠٣/١١ ، المغني ٣٠٠/٩ ، دار الفكر.

يقول ابن قدامة : " فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة لفقدان الشروط التي ذكرناها أو بعضها فهي كالمعدومة ، وتنتقل إلى من يليها في الاستحقاق" [١].

ثانياً : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء والتي عليها يترتب تحول الحضانة، سواء الشروط المشتركة ، أم الخاصة بالرجل أم بالمرأة .

الشرط الأول: الإسلام : أي: إسلام الحاضن . فهل يشترط أن يكون مسلماً أم لا يشترط ذلك؟ والعلماء في هذه المسألة علىاتجاهين:

الاتجاه الأول: اشتراط الإسلام : وهو ما ذهب إليه الحنفية في الحاضن الذكر[٢] ، وبعض المالكية[٣] ، والشافعية[٤] ، والحنابلة [٥]، فإذا كان الحاضن كافراً فإن الحضانة تتحول إلىالذي بعده في الاستحقاق، وكذا إذا ارتد الحاضن والعياذ بالله تعالى.

واستدلوا لرأيهم بالكتاب والسنة والقياس والمعقول :

١ ـ استدلوا من الكتاب بقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ ا لله لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ [٦] والحضانة نوع من أنواع إعطاء السبيل للكافر ، فيمنع الكافر من حق الحضانة .

٢ ـ واستدلوا من السنة بما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان : أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتت النبي ﷺ فقالت : ابنتي فطيم أو شبهه ، وقال رافع ابنتي ، فقال النبي

---

(١) المغني ٩/٣٠٠.
(٢) فتح القدير ٤/٣٦٧ ، والبدائع ٤/٤٣.
(٣) منح الجليل شرح مختصر خليل ٤/٤٢٠ .
(٤) التهذيب للبغوي ٦/٣٩٠ ، الحاوي للماوردي ١١/٥٠٣ ، مغني المحتاج ٣/٤٥٥.
(٥) حاشية الروض المربع ٧/١٥٥ ، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٣.
(٦) سورة النساء : الآية ١٤١ .

ﷺ : أقعد ناحية، وقال لها اقعدي ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي ﷺ " اللهم اهدها ، فمالت إلى أبيها فأخذها"[١].

ووجه الدلالة من هذا الحديث :

أن دعاء الرسول للصغيرة بالهداية حين اختيارها لأمها الكافرة دليل على أن اختيارها كان على خلاف هدى الله الذي أراده لعباده ، فلهذا دعا النبي ﷺ لها بالهداية .

٣ ـ واستدلوا بالقياس [٢]: بأن الحضانة حق ولاية على الغير ، والولاية لا تكون للكافر على المسلم قياساً على ولاية النكاح والمال ، كما رجحناه سابقاً ، فعليه لا تثبت للحاضن الكافر على المحضون المسلم حضانة .

إذا كان الفاسق المجاهر بفسقه لا تجوز حضانته ولا ولايته علىالغير، فالكافر أولى بالمنع من إعطائه المحضون للتربية والتعليم.

٤ ـ واستدلوا من المعقول : بأن الشرع قد جاء للمحافظة على الكليات الخمس التي منها الدين، وحضانة الكافر للمسلم فيها تضييع لدينه ، وإلحاق ضرر بالمسلم لأن الكافر حريص على إخراجه من الإسلام وإدخاله في دينه ، وعند كبره يصعب تركه للدين الذي عرفه منذ صغره وتربى على تقاليده منذ نعومة أظفاره ، فإذا كان أحد مستحقي الحضانة كافراً أو ارتد أثناء الحضانة ، فإن حق الحضانة يتحول إلى الذي بعده .

---

(١) رواه أبو داود في سننه كتاب الطلاق ، باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد حديث رقم ٢٢٤٤ ، ٢/٢٧٣ ، والنسائي في سننه كتاب الطلاق ، باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد رقم ٣٤٩٥ ، ٦/١٨٥ .

(٢) المغني ٩/٢٩٩ .

الاتجاه الثاني : ذهب إلى عدم اشتراط إسلام الحاضن ، وقد ذهب إليه كل من الحنفية[١] في الحاضنة الأنثى ، والمالكية[٢]، فرأوا أن الإسلام ليس شرطاً من شروط الحضانة.

وقد وافق الحنفية الجمهور في اشتراط الإسلام فيما إذا كانت الحضانة للرجل ، أما إذا كانت الحضانة للمرأة ــ سواء كانت الأم أوغيرها ــ فلم يشترطوا إسلامها ؛ بينما أطلق المالكية القول في عدم اشتراط الحاضن سواء كان رجلاً أو امرأة .

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ ــ بالحديث السابق الذي خَيَّر فيه النبي ﷺ الصغيرة بين الأم والأب .

ووجه الدلالة من الحديث :

أن النبي ﷺ خير الصغيرة بين الأب المسلم والأم الكافرة ، ومعنى التخيير استواء كلا الطرفين في حق الحضانة ، فدل التخيير على أن الحاضن له حق في الحضانة وإن كان كافراً . فلو لم يجعل الشرع للكافر حق الحضانة لماخير النبي ﷺ الصغيرة بين الأم والأب.

٢ ــ واستدلوا من المعقول بأن الحضانة شرعت ، لخدمة الصغير أو الصغيرة والمحافظة عليهما ، وتربيتهما ، والقيام برعايتهما حق الرعاية ، وهذه الأمور إنما تتطلب جهداً كبيراً وشفقة وفيرة ، والصبر على الطفل وتربيته ، والشفقة على الولد إنما يتحقق

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢٠٤/٥ ، شرح فتح القدير ٣٦٧/٤ ، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٩/٣.

(٢) منح الجليل لشرح مختصر خليل ٤٢٦/٤ ، شرح الخرشي ٢٤٤/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥١٢/٣ .

في جانب الأم أكثر من غيرها ، والشفقة والعطف على الولد لا يؤثر فيه اختلاف في الدين ، فالأم مقدمة ولو كانت كافرة .

الرد على الرأي الثاني :

وقد رد أصحاب الاتجاه الأول على ما استدل به أصحاب الاتجاه الثاني من الحديث من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن المقصود بدعاء الرسول ﷺ ظهور المعجزة باستجابة دعوته .

والثاني : أنها كانت فطيماً ، والفطيم لا يخير .

والثالث : أنه دعا بهدايتها إلى مستحق كفالتها لا إلى الإسلام لثبوت إسلامها بإسلام أبيها فلو كان للأم حق لأقرها عليه [١].

وأما قولهم : إن الشفقة في الأم أكثر فقد ردوا عليه بأن ضرر الكفر على الولد أكثر من غيره ، إلا إذا كانت حضانة المسلم للمسلم تؤدي إلى موت الطفل أو إصابته بضرر ، فالنفس مقدمة .

فالراجح ـــ والله أعلم ـــ ما ذهب إليه أصحاب الأول، لقوة أدلته.

الشرط الثاني من الشروط التي اختلف فيها الفقهاء ويترتب عليها تحول الحضانة ، شرط زواج المرأة بأجنبي فاختلفوا هل الزواج مسقط حق المرأة في الحضانة أم لا ؟

قد تطرقنا إلى هذا الشرط سابقاً بعجالة والآن نبطئ السير للنظر فيه :

فقد اختلف العلماء في هذا الشرط على اتجاهين :

---

(١) الحاوي الكبير ٥٠٣/١١.

الاتجاه الأول : أن الحضانة تسقط وتتحول لآخر ، وهو رأي جمهور الفقهاء من من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

فقد اتفقوا على أن المرأة الحاضنة إذا تزوجت برجل أجنبي فإن الحضانة التي كانت من حقها تسقط وتتحول للآخر ، فشرط استمرار الحضانة للأم ألا تكون متزوجة من رجل أجنبي عن المحضون ، وإلا فلا حق لها في الحضانة ، وتتحول الحضانة عنها .

واستدلوا لرأيهم :

١ ـ بالحديث السابق وهو " أنت أحق ما لم تنكحي " .

ووجه الاستدلال : أن المرأة هي الأحق بالحضانة ما لم تتزوج، فإذا تزوجت برجل أجنبي عن المحضون فإن الحضانة تسقط عنها وتتحول إلى غيرها .

٢ ـ استدلوا من المعقول بأن الحاضنة عندما تتزوج تكون غالباً مشغولة بحق الزوج ، فتعارض حقان: الأول : حق المحضون، والثاني: حق الزوج ، ومن المعلوم أن المشغول لا يُشغل فإن انشغلت الزوجة بحق الزوج ، امتنع تفرغها بحق المحضون أو صعب على الأقل، وعليه تتحول الحضانة للغير .

---

(١) البناية شرح الهداية ٤٧٦/٥ ، حاشية ابن عابدين ٢٠٥/٥ ، فتح القدير لابن الهمام ٣٧٠/٤ ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٣/٤ ، تبيين الحقائق للزيلعي ٤٧/٣.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٤٥/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥١٣/٣ ، التلقين في الفقه المالكي ص ٣٥١ ، القوانين الفقهية ص ٢٣٥.

(٣) مختصر المزني في فروع الشافعية للمزني ٣٠٩ ، التهذيب فقه الإمام الشافعي للبغوي ٣٩٣/٦، مغني المحتاج ٤٥٥/٣ ، اللباب في الفقه الشافعي ص ٣٤٧ ، للمحايل تحقيق د. عبد الكريم العمري ، ط. دار البخاري .

(٤) المغني ٣٠٧/٩ ، هداية الراغب لعثمان النجدي ص ٥١٣ ، الروض المربع للبهوتي ص ٤٧٩ .

٣ ـ استدلوا من المعقول أيضاً بأن زوج الحاضنة قد يتضايق من ولد غيره فيعامله معاملة الجفاء ، والشدة، فتحصل الخلافات بين الزوجين ، بسبب الحضانة ، فلذلك ترفع الحضانة عنها وتتحول إلى غيرها .

والاتجاه الثاني : أن الأم إذا تزوجت لا يسقط حقها من الحضانة . والقائل به الحسن البصري (١) وهو رواية عن الإمام أحمد(٢) كما ذهب إليه ابن حزم من الظاهرية (٣) واستدلوا بما يلي:

١ ـ أنه لم يأت نص صحيح قط بأن الأم إن تزوجت يسقط حقها في الحضانة ، وهو ما ذكره ابن حزم " (٤).

٢ ـ قالوا : إن هذا الشرط ـ وهو زواج الحاضنة ـ لا عبرة به ولا يمنع استحقاقها الآن للحضانة ؛ لأن الرسول ﷺ لما تزوج أم سلمة أقرها على حضانة ابنتها زينب ، وكذلك جعل حضانة بنت حمزة لخالتها وزوجها جعفر بن أبي طالب .

والراجح : ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ، لنص الحديث " أنت أحق ما لم تنكحي " على ذلك .

يقول الماوردي : " لأن النكاح يمنع من مقصود الكفالة، لاشتغالها بحقوق الزوج ولأن الزوج منعها من التشاغل بغيره، ولأن على الولد وعصبته عاراً في المقام مع زوج أمه " (٥).

الشرط الثالث: ومن الشروط المختلف فيها بين الفقهاء : اجتماع الأبوين في وطن واحد ، فهل لأحد من الأم الحاضنة أو

---

(١) الحاوي للماوردي ٥٠٤/١١ ، المغني ٣٠٧/٩ .
(٢) المغني ٣٠٧/٩ .
(٣) المحلى ٣٢٣/١٠ .
(٤) المرجع السابق نفس الموضع .
(٥) الحاوي ١١ /٥٠٥ .

الأب الحاضن السفر مع الولد المحضون إذا أراد الخروج عن بلد الأم أو الأب ؟

فذهب الحنفية[١] إلى التفريق بين المرأة الحاضنة التي مازالت زوجة الأب بأن كانت في عدته وبين الأم الحاضنة التي انقضت عدتها .

فالحالة الأولى ليس للأب أو الحاضنة أن تخرجا بالولد ، فإذا أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء فليس له ذلك، لأن الحضانة للزوجة وهي أحق به فلا يصح لزوج انتزاع الحضانة منها بأخذ الولد وإخراجه من البلد .

وكذا يقال في المرأة الحاضنة إذا أرادت أن تخرج من البلد الذي فيه إلى آخر . فللزوج أن يمنعها من الخروج مع الولد بدون الزوج لأن على المرأة الإقامة في بيت زوجها لقيام الحياة الزوجية بعد .

أما الحالة الثانية عند الحنفية [٢] : إذا انقضت عدة المرأة وأرادت الخروج لبلد آخر فإنه يجوز لها السفر في الصور التالية :

١ ـ إذا أرادت أن تخرج إلى بلدها التي وقع فيه النكاح ، وهذا البلد هو وطنها الأصلي .

٢ ـ إذا أرادت الخروج إلى بلدة قريبة بحيث يمكن للأب رؤية الولد ، وبشرط ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه أقل حالاً من المكان الذي تقيم فيه، حتى لا تتأثر أخلاق الصبي .

٣ ـ ألا يكون المكان الذي انتقلت إليه دار حرب إذا كان الزوج مسلماً.

---

(١) البدائع للكاساني ٤٤/٤ ، شرح فتح القدير ٣٧٥/٤ ، ابن عابدين ٢٢٠/٥ ـ ٢٢١، البناية في شرح الهداية ٤٨٥/٥ ، البحر الرائق في شرح الكنز ٢٩٠/٤ .

(٢) المراجع السابقة .

وذهب المالكية [١] إلى أن شرط ثبوت الحضانة للحاضنة ، ألا يسافر ولي حر عن ولد حر ، ولو رضيعاً .

إلا أنهم فرقوا بين نوعين من السفر :

النوع الأول : سفر نقلة : فإن سافرت الحاضنة عن الأب سفر نقلة مسافة ستة برد (١٣٣ كم) فما فوق، فإن حقها من الحضانة يسقط بالسفر ؛ وذلك لما فيه من الضرر بالولد ، فشرط سفر الحاضنة المسقط لحضانتها الموجب لأخذ الولد منها أن يكون سفر نقلة وانقطاع.

النوع الثاني : سفر نزهة أو سفر تجارة أو زيارة : وهذا النوع من السفر لا يسقط حق الحضانة فللحاضنة أخذ المحضون معه في هذا النوع من السفر.

وذهب الشافعية [٢] والحنابلة [٣] إلى أن اجتماع الأبوين في وطن واحد لا يختلف بهما بلد ليتساويا في الولد شرط من شروط الحضانة . إلا أنه إذا سافر أحدهما فالسفر على ضربين :

الأول : سفر الحاجة : على نية أنه متى انتهت الحاجة عاد ، ففي هذه الصورة تتحول الحضانة إلى المقيم منهما ؛ لأن المقيم أحق بالحضانة من المسافر ، سواء كان المقيم الأم أم الأب . فإذا سافرت الأم سفر حاجة لتعود بعد انتهائه ، فإن الأب أحق بالحضانة إلى أن ترجع الأم ، وإن سافر الأب فإن الأم أحق بالحضانة إلى أن يرجع الأب .

---

(١) شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٥٠/٥ ، القوانين الفقهية ص ٢٢٥ ، التلقين ص ٣٥١ ، منح الجليل ٤٢٩/٤ .

(٢) الحاوي للماوردي ٥٠٤/١١ ، مغني المحتاج ٤٥٩/٣.

(٣) هداية الراغب ص ٥١٤ ، الكافي لابن قدامة ٣٨٧/٣ ، حاشية الروض المربع ١٥٧/٧.

والسفر الثاني : وهو سفر نقلة واستيطان في بلد آخر لا يرجع بعده ، فينظر في مسافة السفر إذا كانت مسافة قصيرة لا يقصر مسافرها الصلاة ، فإن الحضانة لا تتحول إلى الأب ، وإن كانت المسافة فوق ذلك فإن الحضانة تتحول للأب .

المطلب الثاني
تحول الحضانة للمستحق بعد الأم

ذكرنا سابقاً أن الحضانة تتحول من الأقرب إلى الأبعد لفقد شرط من شروطها . ولكن إذا كانت الحضانة للأم ثم فقدت شرطاً من شروطها، فإلى من تتحول الحضانة ومن هو المستحق لها بعد الأم ؟

هل تتحول لأم الأم ، أم لأم الأب ؟

والعلماء في هذه المسألة على اتجاهين :

الاتجاه الأول :

رأي أن الأم إذا سقط حقها من الحضانة لفقد شرط أو لامتناعها عن الحضانة ، فإن الحضانة تتحول إلى أم الأم ، فهي الثانية في ترتيب مستحقي الحضانة[١].

---

(١) مستحقو الحضانة عند الفقهاء على ما يلي :
أ ــ عند الحنفية : الأم ثم بعدها أم الأم ، ثم أم الأب ، وإن علت ، ثم الأخت لأبوين ثم الأخت لأم ، ثم الأخت لأب ، ثم بنت الأخت لأبوين ، ثم لأم ، ثم الخالات لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم بنت الأخت لأب ، ثم بنات الأخ لأبوين ، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم العمات كذلك ، ثم العصبات من الرجال ، بترتيب الإرث أي الأب ، ثم الجد ، ثم الأخ الشقيق ، ثم لأب وهكذا.
انظر: الاختيار لتعليل المختار ١٤/٤ ــ ١٥ ، فتح باب العناية بشرح النقاية للقاري ١٨١/٢ ـ ١٨٢ ، اللباب في شرح الكتاب عبد الغني الغنيمي ١٠١/٣ ــ ١٠٢ ط. دار الكتب العلمية، جامع أحكام الصغار للأسروشني الحنفي ١٤٩/١ .
ب ـ عند المالكية : الأم ، ثم أم الأم ، ثم الجدة لأم ، ثم الخالة ، ثم الجدة لأب ، وإن علت ، ثم الأخت ، ثم العمة ، ثم ابنة الأخ ، ثم الأفضل من الصحبة .
انظر: القوانين الفقهية ص ١٢٥ ، منح الجليل شرح مختصر خليل ٤٢٢/٤ ، التلقين في الفقه المالكي ٣٥٠ ـ ٣٥١ .
جـ ــ وعند الشافعية : الأم ، ثم أمهات يدلين بإناث يقدم أقربهن ، والجديد. تقدم بعدهن أم الأم ، ثم أمهاتها المدليات بإناث ، ثم لأم لأب كذلك ، ثم أم أب الجد كذلك ، والقديم الأخوات ، والخالات يقدمن عليهن ، وتقدم الأخت على الخالة ، والخالة على بنت الأخ والأخت ، وبنت الأخ والأخت على عمة، والأخت من =

والقائل به جمهور الفقهاء الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعية [٣] والحنابلة[٤]. فقد اتفقوا أن التي تلي الأم ، أم الأم في الحضانة .

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

١ ــ أن الحضانة حق ولاية على الغير ، الأولى بها الأم وملحق بها أم الأم لأنها من قبلها .

يقول ابن نجيم " بعد الأم الأحق أمها .. لأن هذه الولاية مستفادة من قبل الأمهات فكانت التي هي من قبلها أولى وإن علت "[٥].

أبوين على أخت أحدهما ، والأصح تقديم الأخت من الأب ، على الأخت من الأم، والخالة والعمة لأب عليهما لأم ، وحضانة الرجال فإن الحضانة تثبت لكل محرم حسب ترتيب الإرث عند الاجتماع .

الحاوي للماوردي ٣٩٦/١١ ، انظر مغني المحتاج ٤٥٢/٣ ـ ٤٥٣ .

د ـ وعند الحنابلة : الأم ، ثم أمهاتها القربى فالقربى ، ثم الأب ، ثم أمهات الأب القربى فالقربى ، ثم الجد ، ثم أمهات الجد كذلك ، ثم الأخت لأبوين ، ثم الأخت لأم ، ثم لأب ، ثم الخالة لأبوين، ثم الخالة لأم ، ثم الخالة لأب ، ثم العمة لأبوين، ثم لأم ، ثم لأب ، ثم خالة أمه كذلك ، ثم خالة أبيه ، ثم عمة أبيه ثم بنات إخوته، وبنات أخواته ، ثم بنات أعمامه ، وبنات عماته ، ثم بنات أعمام أبيه ، وبنات عمات أبيه .ثم تكون الحضانة لباقي العصبية الأقرب فالأقرب .

وحضانة الرجال عندهم : الأب ، ثم الجد أبو الأب وإن علا ، ثم الأخ من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنوهم ، وإن نزلوا على ترتيب الميراث ثم العمومة ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومة الأب ، ثم بنوهم .

انظر كشاف القناع ٤٩٧/٥ ، الكافي ٣٨١/٣.

(١) الاختيار لعليل المختار ١٤/٤ ، البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٣/٤ ، البدائع ٤١/٤، فتح القدير ٣٦٨/٤ .

(٢) شرح الخرشي ٥٠٩/٣ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٠٨/٣ ، التلقين ص ٣٥١ ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ١١٩/٢.

(٣) الوسيط في المذهب ٢٤٣/٦ ، والحاوي للماوردي ٣٩٦/١١ ، مغني المحتاج ٤٥٢/٣.

(٤) كشاف القناع ٤٩٧/٥ ، الكافي ٣٨١/٣ ، حاشية الروض المربع ١٤٩/٧.

(٥) البحر الرائق ٢٨٣/٤ .

٢ ــ أعملوا القياس فقالوا : كما أن أم الأم مقدمة على الأب فكذلك أم الأم مقدمة على أم الأب .

٣ ــ واستدلوا من المعقول بأن شفقة أم الأم على ولد بنتها كشفقة أمه عليه ، والمقدم للحضانة ومستحقها من كانت شفقته على الطفل أقوى من شفقة غيره ، ومن المعلوم أن قرابات الأم أشفق على الطفل من قرابات الأب [١].

الاتجاه الثاني :

قال بأن أم الأب مقدمة على أم الأم ، فأم الأب تأتي بعد الأم في استحقاقها للحضانة ، فنساء العصبة أولى من أقارب الأم .

والقائل بهذا الرأي كل من الإمام أحمد في رواية[٢] وشيخ الإسلام ابن تيمية [٣] وتلميذه ابن القيم [٤].

واستدلوا لرأيهم بالقياس؛ حيث قاسوا حق الحضانة على الميراث والولاية في النكاح ، ففي الميراث أقارب الأب مقدمون على أقارب الأم ، وفي ولاية النكاح أقارب الأب أحق بالولاية من أقارب الأم كما علمنا ، وعليه تقاس ولاية الحضانة فتقدم أم الأب على أم الأم .

قال ابن تيمية : " لأن مجمع أصول الشرع إنما يقدم أقارب الأب في الميراث والعقد والنفقة وولاية الموت والمال وغير ذلك ، ولم يقدم الشارع قرابة الأم في حكم من الأحكام، فمن قدمهن في الحضانة فقد خالف أصول الشريعة "[٥].

فهم قد طردوا الحكم على الحقوق كلها .

---

(١) شرح الخرشي على المختصر ٥٠٩/٣.
(٢) المغني ٣١٠/٩.
(٣) فتاوى ابن تيمية ١٢٢/٢٤.
(٤) زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم ٤٣٨/٥ ط. مؤسسة الرسالة .
(٥) الفتاوى بن تيمية ١٢٣/٣٤.

والراجح هو الرأي الأول ، وذلك لأن الحضانة ـ كما قلنا ـ تحتاج إلى تربية الطفل ورعايته وتدبير أمره والعطف والشفقة عليه ، وهذه الأمور كلها متوفرة في أم الأم أكثر من غيرها ، ولهذه الحكمة تقدم على أم الأب ، ولأن أم الأم بمعنى الأم . كما يمكن الاستئناس بما روي من حديث البراء بن عازب أن ابنة حمزة اختصم فيها علي وجعفر وزيد ن فقال علي : أنا أحق بها وهي ابنة عمي ، وقال جعفر : ابنة عمي وخالتها تحتي ، وقال زيد : ابنة أخي ، فقضى بها رسول الله ﷺ لخالتها وقال : " الخالة بمنزلة الأم " (١).

ووجه الاستئناس انه لما قدم أخت الأم ؛ لأنها بمنزلة الأم ، فأم الأم أولى من غيرها؛ لتوافر معنى الرفق والحنان في أقارب الأم أكثر من غيرهم .

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصلح ، باب كيف يكتب هذا ما صالح فلان بن فلان ، رقم (٢٥٥٢) ٢/٩٦٠.

الباب الثاني

التحول في العقود

الفصل الأول : تحول العقد الباطل إلى صحيح .

الفصل الثاني: تحول العقد الفاسد إلى صحيح .

الفصل الثالث: تحول العقد الموقوف .

الفصل الرابع: تحول العقد اللازم إلى جائز وبالعكس .

الفصل الأول

تحول العقد من الباطل

إلى صحيح

المبحث الأول : التعاريف .

المبحث الثاني : تحول العقد الباطل إلى صحيح .

المبحث الأول

التعاريـــف

المطلب الأول : تعريف العقد .

المطلب الثاني : تعريف العقد الصحيح والباطل والفاسد.

المطلب الأول
تعريف العقد

العقد لغة :

تستعمل كلمة العقد لمعان عدة ، ولكن إطلاق العقد بداية جُعِلَ للجمع بين طرفي الشيء ، والربط بينهما ، كما يقال : عَقَدَ الحبل إذا جمع بين طرفيه وربط بينهما[١]، وذلك بأن يصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما ، وتحكم وصلهما .

وقال المناوي[٢]: " العقدُ بين أطراف الشيء ، ويستعمل في الأجسام الصلبة كعقد البناء "[٣] وعقد البناء يكون بإلصاق بعض حجارته ببعض بما يمسكها ويحكم إلصاقها[٤].

وكما يستعمل العقد في الأمور الحسية كذلك في الأمور المعنوية مثل : العهد وعقد البيع والضمان ، يقال : " عقد الحبل والبيع والعهد فانعقد"[٥]. وقال تعالى : ﴿يا أَيُّهَا الَّذِيْنَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعُقُودِ﴾ [٦].

وقال القرطبي في تفسير معنى كلمة " العقود" ــ الواردة في الآية ــ: "واحدها عقد ، يقال: عقد العهد والحبل، فهو يستعمل في المعاني والأجسام "[٧].

---

(١) لسان العرب ٢٩٦/٣ .

(٢) المناوي : هو محمد بن عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين ، الحدادي ثم المناوي ، القاهري ، من كبار العلماء ، ولد سنة ٩٥٢هـ وتوفي ١٠٣١هـ . له مؤلفات كثيرة منها : كنوز الحقائق ، وفيض القدير، وغيرهما . انظر : الأعلام ٢٠٤/٦.

(٣) التوقيت على مهمات التعاريف، ص٥٢١، تحقيق محمد رضوان الداية ، دار الفكر.

(٤) مختار الصحاح ص ١٨٦ ، والمعجم الوجيز " المبسط" ص ٤٩٥، دار الكتاب الحديث ، الكويت ، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م .

(٥) مختار الصحاح ، ص ١٨٦ .

(٦) سورة المائدة ، الآية ١ .

(٧) الجامع لأحكام القرآن ٣٢/٦ .

وقال الشاعر الحطيئة[1]مستعملاً كلا المعنيين الحسي والمعنوي:

قومٌ إذا عقدُوا عقداً لجارهـــمُ   شدُّوا العناجَ وشدوا فوْقهُ الكَرَبَا[2]

إذاً فكما يطلق العقد على الجمع والربط بين طرفي الشيء كالحبل يطلق على الجمع بين الإرادتين في البيع وغيره ، فإن العرب تستعمل كلمة العقد لربط إرادة شخص واحد على عمل ما ، كعقد اليمين ، قال تعالى : ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ﴾[3].

فنلاحظ : أن كلمة عقد استعملت في أصل اللغة للأمور الحسية كعقد الحبل والبناء والشد وغيرها ، ثم بعد ذلك نقل هذا الاستعمال إلى الأمور المعنوية، سواء أكان العقد بين طرفين كالبيع والضمان ، أم طرف واحد مثل النذر والأيمان، فهو حقيقي في الأمور الحسية ومجازي في الأمور المعنوية .

العقد اصطلاحاً :

عندما جاء الفقهاء لتعريف العقد اختلفت تعريفاتهم له ، واختلفت نظرتهم للعملية التعاقدية ، فمنهم من رأى أن العملية التعاقدية تتم من خلال تصرف صادر من إرادتين ، الأولى تنشيء إيجاباً والثانية قبولاً، ولهذا التصرف أثر شرعي يثبت في محله، قال الجرجاني[4]

---

(١) الحطيئة : هو جرول بن أوس بن مالك العبسي ، شاعر مخضرم ، أدرك الجاهلية والإسلام ، كان هجاء عنيفاً لم يكن يسلم من لسانه أحد ، لدرجة أنه هجا أمه وأباه ونفسه ، حتى سجنه عمر بن الخطاب ﷺ بالمدينة ، ت ٤٥هـ . انظر: الأعلام للزركلي ١١٠/٢.

(٢) العناج : خيط أو سير يشد في أسفل الدلو ثم يشد في عروتها ، والكرب: الحبل ، انظر : ديوان الحطيئة ص ١٦ ، ولسان العرب ٣٣٠/٢.

(٣) سورة المائدة : الآية ٨٩ .

(٤) هو : علي بن محمد بن علي ، المعروف بالشريف الجرجاني ، فيلسوف ، من كبار العلماء بالعربية ، ولد سنة ٧٤٠هـ ، له مؤلفات كثيرة منها : التعريفات ، وشرح المواقف الكبرى والصغرى في المنطق ، ت ٨١٦هـ . انظر: البدر الطالع ٤٨٨/١، الأعلام للزركلي ١٥٩/٥.

معرفاً العقد بأنه: " ربط أجزاء التصرف الإيجاب والقبول شرعاً"[١] . وبما يقاربه جاءت مجلة الأحكام العدلية بتعريف العقد : " ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله "[٢].

وهذا المعنى شائع ومشهور في تطبيق واستخدام الفقهاء، وهو الذي يطلق عليه التعريف بالمعنى الخاص للعقد ، حيث قُصِرَ فيه العقد على ارتباط إرادتين وتوافقهما ، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من إطلاق العقد على العملية التي تتم بين إرادتين ، فعند الإطلاق يحمل عليه . وقال عبد الرازق السنهوري: " إن كل إرادتين متطابقتين عقد"[٣].

فإذا قال شخص لآخر : بعتك هذه الدار بمبلغ كذا ، ثم رد عليه الآخر : قبلت شراء الدار بنفس المبلغ ، يقال عندها : قد تم البيع وترتبت آثاره الشرعية . فالأول الذي صدرت منه إرادة الإيجاب هو البائع ، والثاني رد عليه بإرادة القبول، فكان المشتري ، وكانت الإرادتان متطابقتين وأطلق عليها الصيغة ، والدار المثمَّن والمبلغ الثمن ، وانتقال المثمن من البائع للمشتري والثمن من المشتري إلى البائع هو ما يسمى بآثار العقد .

أما التصرف الذي يتم بإرادة واحدة منفردة، فلا يطلقون عليها عقداً، وإنما يسمى تصرفاً أو التزاماً يلتزمه الشخص بنفسه مثل: الطلاق، والعتق، والنذر، واليمين، وغيرها .

وهذا المعنى الأخير اعتبره فريق من الفقهاء[٤] في تعريف العقد بالمعنى العام، حيث أطلقوا العقد على كل ما أصدرته إرادتان

---

(١) التعريفات ص ١٩٦ .

(٢) شرح المجلة لسليم رستم ، مادة ١٠٣ ص ٦٤ ، دار إحياء التراث .

(٣) مصادر الحق ٧٤/١ ، دار إحياء التراث العربي .

(٤) وإلى هذا الرأي ذهب الجصاص مع زيادة شرط وهو التزام شيء يتحقق في المستقبل ، فقال: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده على غيره ، =

متطابقتان، كالبيع، والإجارة، والنكاح ، والمضاربة، والشركة، ونحوها . كما أطلقوه على ما أصدرته إرادة منفردة كاليمين، والنذر ، والعهد، والأمان.

فالتصرف أو الالتزام الذي يلتزم به الإنسان مع نفسه بإرادة منفردة أو الذي يلتزمه مع غيره يسمى عند هذا الفريق عقداً.

= فعله على وجه إلزامه إياه .. فيسمى البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا ... وسمي اليمين على المستقبل عقداً ... وكذلك العهد والأمان وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذر وإيجاب القرب " ا.هـ .

فالجصاص أطلق على ما انفردت به الإرادة الواحدة عقداً ، وعلى ما اتحدت عليه الإرادتان عقداً، ولكن بشرط مراعاة المستقبل ، فمثلاً الطلاق ينظر إليه فإذا عُلق على أمر مستقبلي فهو عقد ، أما إذا وقع الطلاق وانتهى دون إضافته إلى المستقبل فلا يسمى عقدا .

ومن الذين قالوا بالمعنى العام للعقد الزركشي في قواعده حيث قال: " للعقد الشرعي اعتبارات : الأول باعتبار الاستقلال به وعدمه ، وينقسم إلى ضربين :

ـ عقد ينفرد به العاقد .

ـ وعقد لابد فيه من متعاقدين .

فالأول عقد التدبير والنذور واليمين والوقوف ... إلخ ".

وبمثله قال شيخ الإسلام زكريا الأنصاري في كتابه تحفة الطلاب قال:" العقد نوعان: أحدهما: ينفرد به عاقد واحد وهو النذر واليمين والحج والعمرة والصلاة وغير ذلك .."

ونلاحظ أن التقسيم الذي مر معنا للزركشي ولشيخ الإسلام قد أخذوه من الإمام النووي القائل به قبلهم في كتابه مجموعة القواعد ، وهو كتاب مخطوط وقد نقل عنه هذا التقسيم د. على القره داغي في كتابه مبدأ الرضا .

انظر : أحكام القرآن لأحمد بن علي الجصاص ٣٧٠/٢ ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م ، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين ، والمنثور في القواعد لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ٣٩٩/٢ ، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ٢٣/٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٠هـ/١٩٤١م ، وكتاب مبدأ الرضا د. علي محيى الدين علي القره داغي ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/١٩٨٥م .

فقد اتفق الفقهاء على اعتبار انعقاد العقد بإرادتين ، واختلفوا في انعقاده بإرادة واحدة ، وهو خلاف لفظي ، إذ لا يتطرق إلى الأمر ذاته وأثره ، وإنما اتجه إلى ظاهره ، فمنهم من سماه تصرفا أو التزاما يلتزمه الإنسان ، ومنهم من أطلق عليه لفظ العقد ، والذين أطلقوا عليه لفظ العقد أرجعوا ذلك لسببين :

السبب الأول : سبب راجع إلى اللغة ، وما تضفيه علينا من معان العقد ، حيث مر معنا أن العقد في اللغة يطلق للجمع والربط بين طرفي الشيء الحسي أو المعنوي ، كما يطلق على ما تقوم به الإرادة المنفردة مثل اليمين ، قال تعالى : ﴿... وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدْتُمُ الأَيْمَانَ﴾ وقال الجصاص[١] مفسراً الآية : " اليمين على المستقبل تسمى عقداً ، وقال أبو عبيدة[٢] في قوله: " أوفوا بالعقود" قال : هي العهود والأيمان . وروى وكيع عن موسى بن عبيدة عن أخيه عبد الله بن عبيدة قال : العقود ستة : عقد الأيمان ، عقد النكاح ، عقد العهده ، وعقدي الشرى والبيع ، وعقد الحلف " [٣].

فدلت اللغة العربية أن كلمة العقد تشمل الأمور الحسية والمعنوية ، وكذلك يطلق العقد على ما يتم بين اثنين أو واحد من الارتباط أو الالتزام ، وقد أطلق القرآن في الآية السابقة - وغيرها - لفظ العقد على اليمين والنذر والحلف[٤].

---

(١) الجصاص هو : أحمد بن علي الرازي ، الحنفي ، المعروف بالجصاص ، أبو بكر فقيه ومحدث ولد سنة ٣٠٥هـ ن وتوفي سنة ٣٧٠هـ ، له مؤلفات منها : أحكام القرآن . انظر : الجواهر المضية ١/٨٤.

(٢) أبو عبيدة : هو حميد الطويل بن أبي حميد ، البصري ، تابعي ، مولى طلحة الخزاعي ، ثقة أمين، ومتفق على الاحتجاج به ، توفي سنة ١٤٢هـ وهو قائم يصلي . انظر : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ص ٤٧ لمحمد بن محمد مخلوف ، ط. دار الكتاب العربي ، بيروت .

(٣) أحكام القرآن ٢/٣٧٠ .

(٤) ومما يدل إطلاق العقد على اليمين قوله تعالى : ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللهِ إِذَا عَاهَدْتُم وَلاَ تَنْقُضُوا الأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾. النحل : الآية ٩١ .

ذكر الإمام الشافعي ان لفظ العقد يدل على سعة لسان العرب الذي خوطبت به ، فظاهره عام على كل عقد ، ويشبه أن يكون الله تعالى أراد بقوله: ﴿أوفوا بالعقود﴾ أن يوفوا بكل عقد كان : بيمين أو غير يمين وكل عقد نذر [١].

فمن قال: إن العقد يطلق على معناه العام فقد استند إلى المعنى اللغوي ، وإلى خطاب القرآن وشواهده في إطلاق العقد على ما انعقد بإرادة واحدة كما يطلق على ما انعقد بإرادتين .

السبب الثاني : سبب يرجع إلى نظرة الفقهاء القائلين بالمعنى العام للعقد ؛ لأن الفقيه قد يعتبر ويتصور وجود جانب آخر، يقابل الإرادة الصادرة حتى تتم العملية التعاقدية ، فكل تصرف أو التزام يمكن أن يتصور فيه جانبان: الأول: الصادر الذي صدر منه الإيجاب، وأوجب على نفسه القيام بما التزمه ، والثاني الذى رد عليه بالقبول والالتزام بما فيه ، فمثلاً البيع : يصدر عن إرادتين : ايجاب من طرف ، وقبول من الطرف الآخر، فالطرف الأول ألزم نفسه بدفع الثمن للآخر ، والثاني ألزم نفسه بتسليم المثمن ، هذا التصور يمكن وجوده في العقد الذي يصدر بإرادة واحدة مثل اليمين فهو التزام صدر من جهة واحدة، ولكن بعض الفقهاء أطلقوا عليه عقداً نظراً، لأن الشخص ألزم نفسه وربطها بالمحلوف عليه ، وسواء كان ماضيا أم مستقبلاً ، نفياً أم إثباتاً ، ممكناً أم ممتنعاً [٢].

= وفي إطلاق العقد على النذر قال تعالى:﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ ...﴾ سورة الإنسان الآية ٧. وإطلاق العقد على الحلف قال تعالى :﴿وَالَّذِينَ عَقَّدت أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ النساء الآية ٣٣

(١) انظر : أحكام القرآن ٦٦/٢.

(٢) المرجع نفسه ٣٧٠/٢.

قال الجصاص " سمي اليمين عقداً ، لأن الحالف ربط نفسه بالمحلوف عليه وألزمها به "[١].

وعندما جاء شيخ الإسلام زكريا الأنصاري [٢] وأطلق العقد على ما تنفرد به الإرادة الواحدة مثل النذر واليمين والحج والعمرة، والصلاة ، والصوم ، والطلاق، والعتق . عقب على ذلك فقال :" فيه تسمح " أي : تساهل وقد وضح الشرقاوي[٣] صاحب الحاشية السبب في ذلك فذكر أن : " كلا من الطلاق والعتق له جهتان الأولى الزام المطلق والمعتق بالأثر المترتب، ألا وهو عدم الولاية على الزوجة وعلى الرقيق ، والجهة الثانية: حل عصمة الزوجة ورق العبد " [٤].

فما تنفرد به الإرادة الواحدة يسمى عقداً بالإطلاق العام لمعنى العقد ، حيث تصور القائل به وجود طرف آخر ألزم نفسه تجاهه الآخر سواء بالعبادة، مثل الصلاة والصوم والحج وغيرها، فالداخل فيها ألزم نفسه إتمام العبادة تجاه ربه [٥]، أم بغير العبادة كالطلاق

---

(١) المرجع نفسه ٣٧١/٢ .

(٢) هو : زكريا بن محمد بن أحمد الأنصاري ، المصري (٨٢٣ ــ ٩٢٦)، فقيه شافعي ومفسر ومحدث ، ولي القضاء ثم تركه وتفرغ للعلم والتصنيف ، له مؤلفات منها : فتح الرحمن ، غاية الوصول ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، منهج الطلاب ، انظر: شذرات الذهب ١٣٤/٨ ، الأعلام ٤٦/٣.

(٣) الشرقاوي : هو عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي الأزهري : ولد سنة ١١٥٠ وتوفي سنة ١٢٢٧هـ ، فقيه من علماء مصر ، تعلم في الأزهر ، وتولى مشيخته سنة ١٢٠٨هـ ، له مؤلفات منها : التحفة البهية في طبقات الشافعية ، وحاشية على شرح التحرير ، ومتن في العقائد المشرقية . انظر: الأعلام للزركلي ٢٠٦/٤.

(٤) حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب ٤/٢ .

(٥) يقول ابن العربي في تفسيره : " العقد تارة يكون من الله وتارة يكون مع الآدمي، وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل ؛ فمن قال : لله عليّ صوم يوم ، فقد عقده بقوله مع ربه ، ومن قام إلى الصلاة فنوى ، وكبر فقد عقدها لربه بالفعل، فيلزم الأول ابتداء الصوم ويلزم هذا تمام الصلاة ؛ لأن كل واحد منهما قد عقدها مع ربه والتزم " . أحكام القرآن ، محمد بن عبد الله الأندلسي [ابن العربي] ٨/٢ ، ط. دار الكتب العلمية.

وغيره»فسعة اللغة العربية وشمولها ونظرة الفقيه لما تقوم به الإرادة من إصدار العقد ، ومدى ارتباطها بالجهة المقابلة له ، جاز ـ لبعض الفقهاء ـ إطلاق العقد على النذر والأيمان وغيرهما . والله أعلم .

المطلب الثاني
تعريف العقد الصحيح والباطل والفاسد

تمهيـد :

قسم الفقهاء العقد تقسيمات عديدة ، وذلك بحسب الصفات أو الاعتبارات الموجودة في العقد ، فكل صفة لها آثارها المعتبرة وأحكامها الخاصة بها.

فإذا نظرنا إلى العقد من حيث توافر الأركان والشروط فيه ، أو عدم توافرها ، فإن العقد ينقسم إلى صحيح أو باطل أو فاسد ، أما إذا نظرنا إليه من حيث ترتب آثاره في الحال أو المآل فينقسم إلى نافذ وموقوف ، والنافذ ينقسم إلى لازم وجائز من جهة الفسخ ، وعدم ترتب آثار العقد .. إلى غير ذلك من التقسيمات [١].

تعريف الصحيح :

الصحيح لغة[٢]: الحق ، والحق خلاف الباطل وجمعه صحاح ، ورجل صحيح الجسد ، ضد السقيم ، أي : سليم من العيوب ، وجمعه أصحاء، فهو حقيقي في الأجسام ومجاز في سائر المعاني[٣].

---

(١) وقد ينقسم العقد باعتبار اتصال آثار العقد بصيغته وعدم اتصاله بها إلى منجز ومضاف ومعلق، وينقسم العقد باعتبار آثار العقد إلى عقود التمليكات وعقود الإسقاطات والتقييدات والتوثيقات ، والحفظ والشركات . انظر نظرية العقد فى الفقه الإسلامي ، د. محمود حسن ص١٤٤ .

(٢) يوصف بلفظ الصحيح مصطلحات في علوم شتى ، وتكون له دلالة مختلفة ، فعند أهل الصرف الفعل الصحيح هو : ما خلت أصوله من أحرف العلة الألف والواو والياء . وعند النحاة الاسم الصحيح : اسم ليس في آخره حرف من حروف العلة. وعند أهل الحديث : الحديث الصحيح ما اتصل سنده بنقل العدل الضابط عن مثله إلى منتهاه من غير شذوذ ولا علة .
انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٧٣، التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ٤٤٩، المعجم المفصل فى علم الصرف ص ٢٨٦ للأستاذ راجي الأسمر، تيسير مصطلح الحديث ، د. محمود الطحان ص ٣٥ الرياض، الطبعة الثانية .

(٣) المصباح المنير ص١٢٧، مختار الصحاح ص١٥٠، القاموس المحيط ص٢٢٨ .

والصحيح صفة مشبهة من صَحَّ ، ومصدر صَحَّ : صحة ، وقد عَرّفَ الصحة[١] الجرجاني والمناوي : " بأنها حالة أو ملكة بها تصدر الأفعال عن موضعها سليمة "[٢].

والفرق بين الصحة والصحيح يظهر من خلال إطلاق الوصف، فإذا أطلق الوصف على الأفعال والأعمال فإنها توصف بالصحة ، وإذا ما أردنا أن نصف الحكم أطلقنا عليه وصف الصحيح ، ولهذا نجد السبكي[٣] صاحب جمع الجوامع عرف الصحة بأنها : " موافقة الفعل ذي الوجهين وقوعا الشرع" . فالصحة فعل تتعلق بالصحيح عقداً كان أو عبادة ، كما أن الباطل ما تعلق به البطلان[٤].

---

(١) ذهب الجمهور في تعريف الصحة بأنها موافقة العمل لأمر الشارع ، وذلك بأن يقع مستوعباً لأركانه ، وشروطه ، في العبادات والمعاملات .
أما الحنفية : قالوا الصحة في العبادات : هي إسقاط وجوب القضاء ، وفي المعاملات ترتب الأثر الذي شرعت له المعاملة .
فمن خلال التعريفين يتبين أن الجمهور والحنفية يتفقون بأن الصحة موافقة الفعل الأمر الذي جاء به الشارع ، ولكن الموافقة عند الحنفية في نفس الأمر ، وعند الجمهور بما في ظن المكلف .
وللمزيد انظر : التعريفات للجرجاني ص ١٧٣، وكشف الأسرار، عبد العزيز بن أحمد البخاري ٢٥٨/١، ط. دار الكتاب الإسلامي ، وحاشية الشيخ حسن العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي ١٣٩/١، ط. دار الكتب العلمية ، وكتاب شرح الكوكب المنير لمحمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار ٤٦٥/١، تحقيق محمد الزحيلي ود. نزيه حماد ، وكتاب أصول الفقه الإسلامي ، د. زكي الدين شعبان ، ط. دار الكتاب الجامعي ، القاهرة .

(٢) التعريفات للجرجاني ص ١٧٣ ، التوقيف على مهمات التعريف ص ٢٤٠ .

(٣) السبكي : هو عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي ، الأنصاري ، السبكي ، الشافعي ، تاج الدين، من فقهاء الشافعية ، لزم الحافظ الذهبي ، وتولى القضاء ، له مصنفات منها : جمع الجوامع ، الفتاوى ، طبقات الشافعية ، توفى في دمشق ٧٧١هـ . انظر: شذرات الذهب ١٩٠/٦، الأعلام ١٨٤/٤.

(٤) حاشية العطار على الجمع ١٣٩/١ ، أصول الفقه محمد أبو النور زهير ١٦٧/١ المكتبة الفيصلية ط ٨٥ .

العقد الصحيح عند الفقهاء :

هو العقد الجامع لأركانه [(١)]، وشروطه[(٢)]، بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية المطلوبة منه[(٣)] .

وعرفه الحنفية بأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه بحيث يمكن أن يظهر أثره بانعقاده[(٤)].

ومراد الحنفية بمشروعية الأصل هو العقد الذي وجد ركنه واستكمل شروطه من أهلية المتعاقدين وسلامة الصيغة ، وكون

---

(١) أركان العقد عند الجمهور ثلاثة : ١ ــ العاقدان ، ٢ ــ الصيغة ، ٣ ــ المعقود عليه . وعند الحنفية الصيغة فقط .

(٢) شروط العقد على أنواع :

(أ) شروط تتعلق بالأركان :

١ ــ فيما يتعلق بالعاقدين يشترط أن يكونا أهلاً للتعاقد ، وذلك بأن تتوفر لديهم أهلية الأداء.

٢ ــ وشرط الصيغة : توافق الإيجاب والقبول ، واتصال الإيجاب بالقبول .

٣ ــ وشروط المعقود عليه : كونه موجودا ، ومالا متقوما شرعا ، ومنتفعا به ، ومقدورا على تسليمه ، حسًا وشرعا ، ومعلوما للعاقدين .

(ب) شروط تتعلق بصحة العقد :

١ ــ خلو العقد من الشروط الفاسدة .

٢ ــ الرضا التام من المتعاقدين .

٣ ــ الخلو من الجهالة والغرر .

(جـ) شروط تتعلق بنفاذ العقد :

١ ــ عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه .

٢ ــ أن يكون العاقد مالكا للتصرف بالوكالة أو وصيًا أو وليًا .

(د) شرط اللزوم وهو : خلو العقد من الخيارات .

انظر : ضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ، ص ٢٩٠، مكتبة وهبة ، والفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي ٤/٢٢٤ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٧/١٧٠، والمبسوط للسرخسي ١٢/١٩٠ ، وأحكام المعاملات، د. على الخفيف ، دار الفكر العربي ، ط. الأولى ١٩٩٦ ، ص ٣٣١ .

(٤) التعريفات للجرجاني ص ١٧٣ ، أصول الفقه لأبي زهرة ، ص ٦٥ ، معجم المصطلحات الاقتصادية ، د. نزيه حماد ص ٢١٠ ، ط. الدار العالمية للكتاب الإسلامي.

المعقود عليه مالا متقوما؛ لأن الأصل هو ما يتوقف تصور الشيء على وجوده ، فإذا جاء الشارع وأهدر شيئاً فلا يكون مالاً متقوماً كالخمر مثلا، فجعل التصرف به من بيع وشراء وغيره كالمعدوم ، والمعدوم لا يمكن تصور وجوده شرعا فلا يتم العقد بذلك .

أما كونه مشروعا وصفا : فالمراد الأوصاف الخارجية عن العقد، بأن لا يتصل بالعقد أوصاف منهي عنها تخرجه عن مشروعيته، كضرب الأجل المجهول، وكوجود الغرر في العقد وغيرها من الصور [١]، فإذا لم يوجد خلل في ركن العقد ولا في وصفه فهو العقد الصحيح [٢].

فالحنفية في تعريفهم للعقد الصحيح يتفقون تمام الاتفاق مع الجمهور في النهاية على ترتب الأثر الذي شرع له العقد ، لأن توافر الشروط والأركان يعني كون العقد مشروعاً بأصله ووصفه ، فعليه إذا تترتب الآثار التي وضعها الشارع من انتقال المثمن من البائع ودخوله في ملك المشتري ، وانتقال الثمن من المشتري إلى البائع، وهذا في البيع وعليه تقاس باقي التصرفات من الإجارة والإعارة والجعالة وغيرها .

تعريف العقد الباطل :

الباطل لغة : ضد الحق ، وهو ما لا ثبات له عند الفحص عنه، قال تعالى : ﴿وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُوا الْحَقَّ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾[٣] وقال كعب بن زهير [٤] :

---

(١) الفقه الإسلامي، محمد سلام مدكور ص ٣٨٦ ، ط. دار الهنا ١٩٥٤م .

(٢) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان ص ٤٣٠ ـ ٤٣١، ط. مكتبة المتنبى.

(٣) البقرة الآية ٤٢ .

(٤) كعب بن زهير بن ابي سلمى المازني، شاعر، من أهل نجد ، اشتهر في الجاهلية، ولما ظهر الإسلام هجا النبي ، فهدر رسول الله دمه ، فجاءه كعب مستأمنا يعلن إسلامه وأنشد لاميته المعروفة ببانت سعاد. انظر : الأعلام للزركلى ٨١/٦.

ومَنْ دعا النّاس إلى ذمّـــه دَمُّوهُ بالحَقِّ وَبالباطِـــلِ[١]

ويقال: بطل الشيء يبطل بطلا، وبُطولا ، وبُطلانا ، أي ذهب ضياعا وخسرا ، ويقال: بطل دم القتيل، إذا قتل ولم يؤخذ له ثأر ولا دية ، ويقال بطل البيع ، إذا فسد ، وبطل الدليل، إذا سقط حكمه فهو باطل، وجمعه بواطل[٢].

الباطل اصطلاحاً :

يتفق الفقهاء على أن الباطل في العبادات : هو أن تؤدى العبادة مخالفة لأمر الشارع ؛ وذلك إذا فقدت العبادة شرطا من شروطها ، أو فقدت ركنا من أركانها ، ومثالها في الأول الصلاة بدون وضوء ، وفي الثاني ترك الركوع أو السجود فيها .

فإن الشارع لا يسمي ما قام به صلاة صحيحة ، ومجزئة عن القضاء ، وإنما هي صلاة باطلة أو فاسدة ، ولهذا لا يسقط عن المكلف القضاء ، إذا أدى الصلاة بالصورة التي مرت .

واتفقوا كذلك على أنه لا يوجد فرق بين مصطلح الباطل أو الفاسد في العبادات [٣]، فكل عبادة لم تستكمل شروطها أو أركانها توصف بالباطل أو الفاسد.

---

(١) لقد نسب ابن مفلح هذا البيت لكعب بن زهير في كتابه الآداب الشرعية والمنح المرعية ٤٠/١، وقد رجعت الى ديوان كعب فلم أجده .

(٢) مختار الصحاح ص ٢٣ ، المصباح المنير ص ٢٠ ، المعجم الوسيط ٦١/١ ، ط. المكتبة الإسلامية، تركيا .

(٣) عدم التفريق بين الباطل والفاسد في العبادات ليس على إطلاقه ؛ وذلك ؛ لأن الفقهاء يفرقون في الحج بين الباطل والفاسد ، والحنفية كذلك يفرقون بينهما في الصوم فيقولون: صيام يوم النحر فاسد لا باطل ، فعدم التفريق إنما هو باعتبار العموم . هذا والله أعلم . انظر : كشف الأسرار شرح أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري ٢٧٢/١، ط. دار الكتاب الإسلامي ، شرح الخرشي على مختصر خليل ٣٠٦/٢، المجموع للنووي ٣٩٦/٧، والمغني لابن قدامة ١٧٨/٣.

وسبب ذلك ــ والله أعلم ــ أنه يحتاط في العبادات أكثر مما يحتاط في غيرها من المعاملات ؛ ولأن الشارع أمرنا أن نؤدي العبادة على أكمل وجه فالفاسد والباطل مؤثران في العبادات بعدم الإجزاء . والله أعلم .

أما الباطل في المعاملات ، فعند الجمهور إلا الحنفية هو ما قابل الصحيح، فكل ما ليس بصحيح فهو باطل ؛ وذلك لمخالفة التصرف الشارع، بفقد شرط أو ركن .

فالجمهور لا يفرقون بين الباطل والفاسد في المعاملات كما هو في العبادات ، ولا يرتبون للباطل أو الفاسد أي حكم من الأحكام ، ولا أي أثر من آثار المعاملات ، فكل باطل فاسد وكل فاسد باطل ، فهما مترادفان لغة ، وشرعا ، عبادة ، ومعاملة [١].

أما الحنفية ، فقد عرفنا مما سبق بأنهم يتفقون تمام الاتفاق في جانب العبادات مع الجمهور بأن الباطل ما لم يستكمل شروطه أو أركانه .

ولكنهم عرفوا الباطل في المعاملات بقولهم : " هو ما لا يصح أصلا ولا وصفاً "[٢] أي ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه [٣].

---

(١) المحلى على الجمع ١/١٠٥ ، شرح الكوكب المنير لابن النجار ١/٤٧٣ ، أصول الفقه زكي الدين شعبان ٢١٢ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي ٤/٤٤ ، وكتاب السعيديات في أحكام المعاملات على مذهب أبي حنيفة (رحمه الله)،لمحمد سعيد عبد الغفار ١/٣١٥،المطبعة الحسينية،وشرح المجلة لسليم رستم، مادة١١٠ص ٦٦

(٣) مراد الحنفية بأصل الشيء ما يتوقف تصور الشيء على وجوده ، وبعدم مشروعية الأصل أن يكون العقد بحال لم يعتبرها الشارع ، كأن يكون صادراً من غير أهله ، كالمجنون او الصبي ، فهذا العقد لا يفيد ملكاً أصلاً ، ومرادهم بمشروعية الوصف بأن يكون الشارع لم يعتبر الوصف محلاً لقيام العقد، فإن كانت الأوصاف غير سليمة فلا يصح العقد ويكون فاسداً .
انظر : شرح المجلة المسمى مرآة المجلة ليوسف أصاف ١/١٧٤ المطبعة العمومية ١٨٩٤.

فمن خلال التعريف نجد أن الحنفية في تعريفهم للباطل يتفقون مع الجمهور بأمور منها :

١ ـ أن الباطل لا حكم له فهو كالمعدوم أصلاً وشرعاً، فكأنه لم يوجد .

٢ ـ وأنهم يتفقون في الباطل على عدم ترتب الآثار التي اعتبرها الشارع في العقد الصحيح .

٣ ـ أن العقد إذا وقع فاقداً أركانه أو فقد شرطاً من شروطه المكملة للركن ، فإنه يقع باطلا .

إذا كان هناك هذا الاتفاق بين الجمهور والحنفية في تعريف العقد الباطل ، فما هو وجه الاختلاف إذن ؟

نقول : الجمهور في تعريفهم للباطل لم يفرقوا بينه وبين الفاسد، فالفاسد عندهم مرادف للباطل، فكلاهما يقابل الصحيح ، فالقسمة عند الجمهور في العبادات والمعاملات ثنائية؛ وذلك أن العبادة إما صحيحة فتسقط مطالبة الشارع لها بالأداء أو القضاء ، وإما باطلة ، فلا تزال المطالبة مستمرة أداءً أو قضاءً ، حتى تبرأ الذمة بالعبادة الصحيحة على الوجه المشروع لها. فالعقد عند الجمهور ، إما صحيح ، وهو الذي استكمل جميع شروطه وأركانه على وجه يترتب الأثر الشرعي عليه ، أو باطل فلا أثر له لسبب من الأسباب التي تخلُ به [1] .

والقسمة عند الحنفية مختلفة ، ففي العبادات ثنائية ، كما عليه الجمهور ، وفي المعاملات المالية ثلاثية ؛ لأن العقد إما صحيح أو باطل أو فاسد .

فالحنفية عندما أرادوا تعريف الباطل راعوا الفاسد ؛ لأنه مغاير للباطل في بعض جوانبه ، فالتعريف مخرج للفاسد ، فمثلاً بيع

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ علي الخفيف ص ٣٣٧ .

الملاقيح في بطون أمهاتها ، بيع غير مشروع باعتبار أصله ، فالجمهور ومعهم الحنفية يقولون ببطلانه وذلك لفقد المعقود عليه ، الذي هو ركن من أركان البيع ، ولأن المعقود عليه غير مقدور على تسليمه ، فلهذا بطل عند الكل .

أما بيع الدرهم بالدرهمين فإنه باطل عند الجمهور وفاسد عند الحنفية[١].

الخلاصة :

أن الباطل عند الجمهور ، ما اختل أحد أركانه أو شروطه ، أما الحنفية فقد فرقوا بين الخلل أو النقص الواقع على ركنه ـ أى:الصيغة وهي الإيجاب والقبول ـ ومقومات الركن من العاقد والمحل ، وبين الخلل الواقع على أوصافه من غير الركن، فالأول عندهم باطل وغير منعقد ابتداء ولا أثر له انتهاء ، والثاني منعقد وتترتب عليه بعض الآثار. وقد جاء في المجلة ـ مادة ٣٧١ ـ " البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض، يعني : أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكاً له"[٢].

العقد الفاسد :

الفاسد لغة : خلاف الصالح ، وهو الباطل والتالف[٣].

وفي الاصطلاح : انفرد المذهب الحنفي بهذا المصطلح ، حيث جعلوا الفاسد مرتبة بين الصحيح والباطل ، فلا هو صحيح تترتب آثاره جميعها ، ولا باطل غير منعقد لا آثار له ، وإنما هو تحت الصحيح ، وذلك لأنعقاده ، وفوق الباطل، لأن بعض آثاره نافذة دون

---

(١) مرآة المجلة شرح المجلة ليوسف أصاف ، مادة ٣٧١ (١٧٩/١) ، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٦٩.

(٢) المرجع نفسه .

(٣) المصباح المنير ص ١٨٠.

بعض[١]. والفاسد لم يرتق إلى الصحيح ؛ لخلل في بعض أوصافه الخارجة عن ركن العقد وعن مقوماته ، ولم ينزل لدرجة الباطل ؛ لأن الباطل كالمعدوم .

فالفاسد عندهم كما عرفه ابن عابدين في حاشيته وتابعته في ذلك المجلة في مادة ١٠٨ : " هو المشروع أصلاً لا وصفاً "[٢] ومثاله بيع المجهول حيث جعلوه من البيوع الفاسدة ؛ لأن البيع مشروع بأصله ، ولكن الوصف طرأ عليه خلل فأفسده، فإذا اتصل بهذا العقد الفاسد قبض ـ كقبض البائع الثمن والمشتري السلعة في البيع ـ ، أفاد الملك [٣].

وبعد النظر في التعريف السابق تجعلنا لا نعتبره تعريفاً دقيقاً للعقد الفاسد ؛ لأنه يبين سبب العقد الفاسد لا غير ، وهذا ما تداركه الأستاذ الزرقا ، وقال في تعريف الفاسد : " هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة ، يجعله مستحقاً للفسخ "[٤]، وهو تعريف يتميز في نظر صاحبه بما يلي :

١ ـ أنه يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد، ويشير إلى سببه الموجب له ، وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية .

٢ ـ أنه يصف تأثير الفساد في العقد بأنه يجعله مستحقاً للفسخ والإبطال ، فيشير إلى نتيجة الفساد .

---

(١) يقول الدكتور عبد الحميد البعلي : " العقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار دون بعض ، ففي البيع مثلاً يثبت الملك للمشتري في المبيع إذا قبض بإذن البائع ، صراحة أو دلالة ، ولا يثبت له حق الانتفاع بالبيع لأنه ملك خبيث " .
انظر ضوابط العقود ص ٣٠٨ ، د. عبد الحميد البعلي.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٩/٥ ، شرح مجلة الأحكام ، سليم رستم ص ٦٦ .

(٣) رؤوس المسائل ص ٢٨٨ للزمخشري . ط. دار البشائر الإسلامية ١٤٠٧هـ/ ١٩٩٧م .

(٤) المدخل الفقهي العام ٨٣٩/٢ .

٣ ـ أنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد ، وذلك عن طريق وصفه باستحقاق الفسخ ؛ إذ لا يستحق الفسخ إلا ما كان منعقداً ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشرع.

ويمكن أن أضيف بعض المميزات لهذا التعريف :

٤ ـ ذكر كلمة العقد في قوله : " اختلال في العقد" أخرجت العبادات ، فالحنفية لا يفرقون بين الفاسد والباطل في العبادات فهما مترادفان كما مر معنا ، والفاسد خاص بالمعاملات .

٥ ـ كلمة العقد تدل أيضاً على أن العقد الفاسد منعقد ؛ لأنه لو لم يكن منعقدا لما سمى عقدا أصلا ، ولما ترتبت عليه بعض الآثار التي منها الفسخ ، ولأن العملية التي يقوم بها المتعاقدان إذا وجدت مستوفية لأركانها وقعت منعقدة ، وأطلق على ما قاما به عقد [١].

---

(١) قد يرد على الذهن سؤال لماذا يُطلق على العقد الذي لم يستكمل شروطه وأركانه عقداً باطلاً ، رغم أنه غير منعقد ؟
في الحقيقة الشرعية لا تطلق كلمة العقد على الذي لم يستكمل شروطه أو أركانه؛ لأنه كالمعدوم ، فلا اعتبار له أصلا ، ولا يمكن أن نقول إن الباطل منعقد لأنه غير موجود ، والمعدوم لا يمكن إجراؤه أو معاملته معاملة الموجود ، فليس مراد الفقهاء بإطلاقهم العقد الباطل على أنه منعقد ، أو له اعتبار أو وجود ، وإنما هو اعتبار وجوده حساً ؛ وذلك لأن كل تصرف من الإنسان له ناحيتان في الوجود :
ـ وجود حسي وهو وقوعه بحركته ، وصورته المادية .
ـ ووجود اعتباري ، وهو أن يعتبره الشارع بعد وقوعه ووصفه بالصحة ، فتترتب عليه أحكامه، وهي آثاره المقررة له شرعاً .
والباطل ليس له وجود اعتباري وإنما له صورة خارجية غير معتبرة شرعا ، ولهذا يقال: الباطل لا حكم له . فإطلاق العقد الباطل إنما هو باعتبار ما يقابله من العقد الصحيح .
فإذا قلنا: هذا عقد باطل ، فلا يظن السامع أو القارئ انعقاده أصلاً إذا كان الخلل في بدايته ، أو أن الباطل يستمر في انعقاده إذا وقع الخلل في أثنائه ، فإن هذه العبارة تحمل على وجود العقد حسًا، والوجود الحسي لا عبرة له ، ولهذا العقد الباطل لايحتاج إلى فسخ ؛ لأنه غير منعقد أصلاً . والله أعلم .
انظر : المدخل الفقهي العام ٢/٤ ٧٠ .

كما يمكن أن أضيف لتعريف الأستاذ الزرقا عبارة تتممه لم يتطرق إليها عند وصف الفاسد باستحقاقه للفسخ ، فأزيد " أو التنفيذ " بعد قوله : " يجعله مستحقا للفسخ".

ذلك أن الأصل في الفاسد أنه لا يُنفذ ؛ لأنه يجب فسخه فلا تترتب عليه الآثار ، ولكن قد ينفذه العاقدان إذا وجد القبض مثلا في البيع الفاسد ، أو قد ينفذ العقد اذا توافرت المتممات له أثناء فساده ، ففي بداية العقد يكون فاسدا وفي النهاية يكون نافذا صحيحاً ، وهذا ما يسمى بتحول العقد الذي سوف نتطرق إليه .

والسبب في إضافة هذه الكلمة، أن الفاسد ـ كما ذكرنا ـ يختلف عن الباطل ، وذلك أن الباطل غير منعقد أصلا ، ولا أثر له ، أما الفاسد فهو منعقد ، فإذا كان منعقدا فما هي فائدة الانعقاد إذا لم يكن لنا إمكانية الاستمرار في انعقاده ، عن طريق تنفيذه أو تصحيح الخلل الواقع فيه ، فالعقد الفاسد لا يحتاج فيه إلى إجراء عقد آخر ؛ لأن الأصل في العقود أنها للاستمرار والدوام ، والفاسد ليس معدوما تمام الانعدام ، ولهذا نلاحظ فيه صفة الانعقاد بخلاف الباطل .

فالعقد إما معدوم او موجود ، والموجود إما أن يكون كامل الأركان والشروط والأوصاف فهو الصحيح ، وإما أن يكون فيه خلل مع وجوده وهو الفاسد ، وهذا النقص إما أن يحيله إلى الفسخ عن طريق المتعاقدين أو عن طريق القاضي ، وإما أن يحيله إلى التنفيذ رغم فساده ، وذلك إذا أمضياه[1] ، وإما أن يستدرك الخلل فيتحول إلىعقد صحيح، وهذا ما سنتطرق إليه إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

---

(١) مثاله في عقود التمليك إذا وقعت فاسدة فإن الملكية لا تنتقل بمجرد العقد ، ولكنها تنتقل إذا وجد فيها تسليم وقبض ، وقد جاءت مجلة الأحكام في مادة ٣٧١ بقولها: " البيع الفاسد يفيد الحكم عند القبض " وجاء في الشرح لها " يعنى أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكا له" . انظر شرح المجلة ، رستم ٢٠٨ ، مرآة المجلة ليوسف اصاف ١/١٧٥ ، المدخل الفقهي العام ٢/٧٥٠ .

فالخلاصة: أن الفاسد يرادف الباطل في العبادات ، أما الفاسد في المعاملات فقد ذهب الجمهور إلى أنه مرادف للباطل غالباً كما في العبادات ، وغاير الحنفية بينهما ، واستعملوا الفاسد للدلالة على حالة اختلال العقد في بعض نواحيه الفرعية المتممة له ، وهذا الاختلال يجعله في مرتبة بين الصحيح والباطل ، فلا هو باطل غير منعقد ؛ لأن مخالفته لنظامه الشرعي ليست مخالفة جوهرية كما في الباطل ، ولا هو صحيح ، للنقص الموجود في أوصافه أو الشروط المقترنة بالعقد .

المبحث الثاني

كيفية تحول العقد الباطل إلى صحيح

تمهيــد .

المطلب الأول : تحول العقد الباطل بجزئه .

المطلب الثاني : تحول العقد الباطل إلى صحيـح إذا ارتفـع مـا يبطل العقد.

المطلب الثالث: أن تؤدي صيغة العقد الباطل معنـى عقد آخـر صحيح .

كيفية تحول العقد الباطل إلى صحيح

التمهيـد :

وهذا ما يعبر به بعض الفقهاء بانقلاب العقد الباطل .

أحيانا يأتي العقد مخالفا لأحد شروطه التي وضعها الشارع ، أو يكون غير مستكمل الأركان، من صيغة وعاقد ومحل العقد ، وبوجـود ذلك نحكم ببطلان العقد .

ولكن هـل يمكـن أن يتحـول هذا البـاطل إلـى عقـد صحيـح فـي نفسه، وذلك إذا استكمل شروطه المطلوبـة ، أو تـم تصحيـح الشـرط المخـالف ؟ وهـل يمكـن تحـول هـذا التصـرف البـاطل إلـى عقد آخـر صحيح ؟

نلاحـظ أن الفقهـاء قـد اختلفـوا فــي هــذا الموضــوع ، وسـبب الاختـلاف يرجع إلى أنه هل للعقد أو التصرف الباطل أثر حتى يمكن تحوله ؟.

فمـن الفقهـاء مـن قـال بعـدم تحـول العقـد فـي العمـوم كالأسـتاذ السنهوري، فهو يرى أنه إذا تحول العقد فإنما يتحول من خـلال إبـرام عقد جديد ، لا من خلال تحول نفس العقد ؛ لأن الباطل لا ينتج أثراً ، فقال : العقد الباطل لا وجود له إلا من حيث الصورة ، ولا ينتج أثـراً كتصرف شرعي ، ولما كان كذلك فلا يتصور أن تلحقه الإجـازة ، أو أن يرد عليه التقادم ، وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديـد، والفرق واضح [١] . ومع هـذا فقد استثنى الأستاذ السنهوري بعض المسائل التي يمكن إجراء التحول فيها [٢].

---

(١) مصادر الحق ٢٦٧/٥ بتصرف .

(٢) من هذه المسائل التي ذكرها السنهوري :

ورأى فريق آخر من الفقهاء تحول العقد الباطل إلى صحيح ، مع اتفاقهم بأن العقد الباطل لا ينتج أثراً ولكن له بعض الآثار الاستثنائية ، ومنها التحول فهو أثر من آثار العقد الباطل الاستثنائية(١) التي جعلت العقد مرناً ، وجعل للعقد متنفساً يمكن من خلاله أن يصحح العقد ، وهذا التحول يلاحظ في الفروع وعند التطبيق خاصة .

بعد أن عرفنا انعدام العقد الباطل شرعاً ، وعدم وجود أثر له في الغالب ؛ لأن انعدام الباطل وآثاره ليس على الإطلاق ؛ إذ جعل الشارع للباطل متنفساً وآثاراً استثنائية ، منها التحول من الباطل إلى الصحيح . ومن خلال تتبع المسائل الفرعية ــ التي جاءت فيها صور التحول ــ ودراستها والنظر فيها، يمكننا حصر التحول في ثلاثة جوانب رئيسية :

١ ــ تحول العقد الباطل إلى صحيح في جزئه .

٢ ــ تحول العقد الباطل إلى صحيح بارتفاع المبطل للعقد .

٣ ــ التحول بسبب الصيغة ، وذلك أن تؤدي صيغة العقد الباطل معنى عقد آخر صحيح .

وسوف نتناول دراسة التحول في هذه الصور :

---

١ ـ إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين ولم يصح ، جاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر ، من ذلك أن يشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل فتتحول الكفالة إلى حوالة .

٢ ـ إذا انطوت المضاربة على شرط يفسدها ، تحولت إلى عقد آخر . انظر: مصادر الحق ٢٦٩/٥.

(١) المدخل الفقهي العام ٧١٩/٢ .

المطلب الأول

تحول العقد الباطل إلى صحيح في جزئه

(تفريق الصفقة)

من المعلوم لدى كل باحث جواز الجمع بالعقد الواحد بين صفقتين، كل صفقة منهما قابلة للعقد على الانفراد ، وسواء أكانتا متفقتين في الحكم والجنس ، مثل بيع دارين متفقتين في القيمة بمبلغ معين ، فإنه يصح ويوزع الثمن بينهما، أم كانتا متفقتين في الحكم دون الجنس ، كأن يقول: بعتك هذا الثوب وهذه الدابة بكذا ، فيصح البيع ويوزع الثمن بينهما على قيمة كل منهما .

وقد يشتمل العقد على صفقتين مختلفتين في الحكم ، بأن يجمع بين إجارة وبيع أو إجارة وسَلم ، بأن يقول بعتك : ثوبي وآجرتك داري سنة بكذا ، فيصح العقد في الأظهر عند الشافعية ويوزع الثمن على قيمتهما ؛ وذلك لصحة كل منهما منفرداً فلا يضر الجمع .

أما إذا جمع بين شيئين غير قابلين للعقد أصلاً فلا يصح العقد ولا ينعقد ابتداء ، وهذا محل اتفاق ، فقالوا: إذا جمع بين خمر وميتة، فلا يصح هذا الجمع ، ولا يصح العقد، لعدم قابليتهما للعقد(١).

وقد يجمع في العقد بين شيء قابل للعقد وشيء غير قابل للعقد كبيع خل وخمر ، فإن الأول يصح بيعه دون الآخر ، وهذا ما يسمى بتفريق الصفقة وسوف يأتي حكمه .

فنخلص إلى أن العقد إذا جمع فيه بين صفقتين فله أحكام تعتريه هي:

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣٣/٧ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٢٥٦/٦ . والحاوي الكبير للماوردي ٢٩٣/٥ ، وحاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي ١٨٦/٢ ، والأنوار لأعمال الأبرار ليوسف الأردبيلي ٣٣٤/١ ، ط. مؤسسة الحلبي وشركاه القاهرة ١٣٩٠هـ /١٩٧٠م .

أولاً : الصحة : وذلك إذا كان في العقد صفقتان قابلتان للعقد ، وله صور :

١ ـ أن يجمع بين متفقي الحكم والجنس، كأن يشتري عدة شياه في عقد واحد .

٢ ـ أن يجمع بين متفقي الحكم مختلفي الجنس، كأن يجمع بين دار ودابة في عقد البيع .

٣ ـ أن يجمع بين مختلفي الحكم ، فيصح إفراد كل واحد منهما بعقد لوحده ، كأن يجمع بين البيع والإجارة في عقد .

ثانياً: البطلان في الكل : وذلك إذا كان العقد جامعاً لصفقتين غير قابلتين للعقد كبيع لحم خنزير وخمر .

ثالثاً : الجمع بين شيئين ، إحداهما يصح إفراده وإجراء العقد عليه والآخر لا يصح . وهذه الصورة اختلف الفقهاء فيها .

تصور التحول في تفريق الصفقة :

إذا جمعت الصفقة بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز ، إذا أفرد كل واحد منهما في عقد مستقل صح الأول وبطل الثاني ، أما إذا جمع بينهما في عقد واحد وصفقة واحدة كان العقد باطلاً ، وذلك لسريان الباطل على العقد كله ، وهذا ما جرى عليه الفقهاء في قواعدهم الفقهية من أنه إذا اجتمع حلال وحرام غلب الحرام(١) ، فالعقد قد جمع بين ما يجوز وما لا يجوز ، فأثر الحرامُ في الحلال وغلبه ، مما

---

(١) قال السيوطي في الاشباه والنظائر بعد ذكر هذه القاعدة : " وتدخل في هذه القاعدة تفريق الصفقة، وهي أن تجمع بين عقدين حرام وحلال " .
وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر : " فإذا جمع حلال وحرام صفقة واحدة ، فإن كان الحرام ليس بمال ، كالجمع بين التذكية والميتة ، والمحرر والعبد فإنه يسري البطلان إلى الحلال لقوة بطلان الحرام " . انظر: الأشباه والنظائر لعبد الرحمن السيوطي ٧٦/١، والأشباه والنظائر لعبد الوهاب بن عبد الكافي السبكي ٣٨٠/١، وغمز عيون البصائر للحموي شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٤٧/١ .

جعله باطلاً ؛ لوجود خلل في أحد أركانه ، فالخلل الموجود في العقد أثر على صحيحه وجعله يتصف بالباطل ؛ لقوة الباطل الذي يسري حكمه على الصحيح ؛ لأن الثمن المذكور في العقد يوزع على الصفقتين والذي يحرم اجراء العقد عليه لا قيمة له شرعاً ، فهو مجهول الثمن فلا نعلم قيمته فوجد في العقد جهالة في أحدهما، وإذا جهل أحد الطرفين جهل الآخر كذلك وبطل العقد للصفة المذكورة .

ومع وجود الصفة المبطلة ، إلا أن من الفقهاء من قال بتحول العقد صحيحاً في جزئه الصحيح دون الآخر ، وهذا ما يسمى عندهم بتفريق الصفقة، ومثاله إذا باع خلاً وخمراً ، فيصح بيع الخل وحده منفرداً ، ويبطل بيع الخمر وحده ، فلا يجوز جمعهما في عقد وصفقة واحدة بثمن واحد ، فإن الحرام منهما يظل على بطلانه ويسري هذا البطلان إلى الصحيح أيضاً ، ويؤثر في صحة العقد كله ، فالعقد كله باطل ؛ وذلك لاختلال أحد الأركان وهو وجود الخمر مما جعل الخل معه باطلاً إذا جمع بينهما في صفقة واحدة .

هذا هو الأصل ولكن بعض الفقهاء قالوا بجواز تحول العقد الذي جمع بين ما يحل وما يحرم في جزئه من خلال تفريق الصفقة، فهو عقد باطل كله ، وتحول هذا الباطل إلى صحيح في جزئه الذي يمكن إفراده بعقد وحده جائز، ولا نحتاج إلى إجراء وإبرام عقد جديد للحلال، وإنما نفس العقد يتحول إلى صحيح في جزئه ، ولا يتحول الجزء الآخر، وإنما يهمل لأن أصله البطلان .

وإليك حكم تفريق الصفقة ـ تحول العقد في جزئه ـ وأقوال الفقهاء فيها :

ذهب الحنفية إلى أن الصفقة التي تجمع بين حلال وحرام ، كأن يجمع بين ميتة ومذكاة ، أو خمر وخل ، ولم يسم لكل منهما ما يقابله

من الثمن، ذهبوا إلى أن الصفقة كلها باطلة [١]، أي أن الحرام غلب وعمم حتى كانت كلها باطلة ، فعلى هذا لا يمكن ولا يصح عندهم تفريق الصفقة .

ولكن أبا يوسف وأبا محمد[٢] أجازا التحول ، في صورة إذا جمعت الصفقة بين حلال وحرام وسمي لكل منهما قدره من الثمن جاز العقد وتحول إلى صحيح ؛ لأن كلا منهما قد انفصل بثمن مستقل فيمكن تحول العقد الباطل لصحيح في جزئه الحلال بما يسمى من الثمن ، لجواز تفريق الصفقة عندهما ، بخلاف الإمام أبي حنيفة فإنه لا يجيز ذلك ؛ لأن الحرام ليس بمال حتى يقابل بالثمن ويقسط ، والعقد وقع فيه شرط مبطل للعقد فبطل في الجميع .

والمالكية يوافقون الحنفية في بطلان العقد إذا جمع بين حلال وحرام .

قال ابن جزي [٣]: " إذا اشتملت الصفقة على حرام وحلال ، كالعقد على سلعة وخمر أو خنزير أوغير ذلك فالصفقة كلها باطلة"[٤].

ولكنهم اشترطوا عدم العلم به ، فإذا علم أحد العاقدين أو علماه بطل العقد في الكل . وإذا لم يعلما ما في الصفقة، وبان بعد العقد أن احداهما حلال والآخر حرام، جاز التحول من الباطل إلى الصحيح في جزئه ، فالعقد يقع باطلاً مع علم المتعاقدين ، أما مع جهلهما فيجوز

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٢٥/٥ ، والاختبار لتعليل المختار لعبد الله الموصلي ٢٣/٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) ابن جزي هو : محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن يحيى بن جزي الكلبي الغرناطي ، له مؤلفات في الفقه والأصول منها : القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية وتقريب الوصول إلى علم الأصول ت ٧٤١هـ . انظر: شجرة النور الزكية ص ٢١٣ ، ومعجم المؤلفين ١١/٩.

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ٢٦٣ .

تحول الباطل إلى صحيح بالصفقة الحلال ، ويستحق ما يقابله من الثمن ، دون الآخر .

أما الشافعية فقد أجازوا التحول الذي قلنا به ، ففي الراجح عندهم جواز تحول العقد الباطل لصحيح في جزئه الحلال إذا جمعت الصفقة بين شيئين أحدهما حلال والآخر حرام ، وهذا ما يسمونه بتفريق الصفقة ، وهي على أنواع :

الأول : تفريق الصفقة في الابتداء ، بأن يجمع بين عينين يصح بيع أحدهما دون الآخر ، فإنه يبطل في الحرام ، الأظهر الصحة في الحلال إعطاءً لكل منهما حكمه ، والثمن يوزع على الأشياء باعتبار الأجزاء ، فيقدر الخمر خلا والخنزير شاة والميتة مذكاة ، ويوزع الثمن عليهما . هذا هو المشهور عندهم [١].

النوع الثاني : تفريق الصفقة في الدوام ، بأن يجمع بين عينين في عقد ، فتتلف إحداهما قبل القبض، فلا ينفسخ العقد ، بل يكون الخيار للمشتري بين الإجازة وعليه يأخذ الثمن بقسطه ، وبين الفسخ .

الثالث : تفريق الصفقة عند اختلاف الحكم ، وذلك إذا جمعت الصفقة بين مختلفي الحكم ، كبيع وإجارة ، أو إجارة وسلم ، بثمن واحد ، يصح ذلك ويوزع الثمن على القيمة في الأظهر ، ويوزع المسمى على قيمتهما .

فهذا مذهب الشافعية في تفريق الصفقة ، ونجد أنهم في النوع الأول أجازوا تحول العقد الباطل إلى صحيح في جزئه الصحيح ، وهذا ليس على إطلاقه وإنما بشروط[٢].

---

(١) التهذيب للبغوي ٤٩٤/٣ ، الحاوي للماوردي ٢٩١/٥، والوسيط للغزالي ٨٩/٣ ، روضة الطالبين للنووي ٤٢٢/٣، المجموع للنووي ٤٦٩/٩ ، نهاية المحتاج لمحمد بن شهاب الدين الرملي ٤٧٧/٣ .

(٢) هذه الشروط قد ذكرها السيوطي في الإشباه والنظائر والزركشي في المنثور وهي: =

أما الحنابلة[١] فتفريق الصفقة عندهم على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : أن يبيع معلوما ومجهولاً ، في عقد واحد وثمن واحد ، كأن يقول: بعتك هذه الدابة وما في بطنها بألف ، فهذا العقد باطل بكل حال ، ولا خلاف عند الحنابلة [٢] في بطلانه ؛ لوجود عين مجهولة.

وقالوا: لا يمكن في هذا النوع أن يتحول العقد إلى صحيح في جزئه عن طريق تفريق الصفقة ؛ وذلك لأن العقد يشتمل ويحتوي على ثلاث جهالات :

الجهالة الأولى : جهالة العين ، حيث إن العين معدومة ، والمعدوم أو المجهول لا يجوز بيعه .

الجهالة الثانية : جهالة ثمن العين المعدومة .

= ١ ـ ألا يكون في العبادات .

٢ ـ ألا يكون مبنياً على البداية والتغليب ، بأن طلق زوجته وزوجة غيره ، فإنه ينفذ الذي في ملكه إجماعا .

٣ ـ أن يكون الذي يبطل فيه معيناً إما بالشخص أو بالجزئية ، فإذا عقد على خمس نسوة فإنه يبطل في الجميع .

٤ ـ إمكان التوزيع ليخرج ما إذا باع مجهولاً ومعلوماً .

٥ ـ أن يكون ما يبطل فيه معلوما .

٦ ـ ألا يخالف الإذن ، ليخرج ما لو استعار شيئاً ليرهنه على عشرة ، فرهنه بأحد عشر بطل في الجميع على الصحيح .

٧ ـ أن لا يبنى على الاحتياط .

٨ ـ أن يورد على الجملة ، ليخرج ما لو قال : أجرتك كل شهر بدرهم . فإنه لا يصح في سائر الشهور .

انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٦/١ ، المنثور للزركشي ٣٨٢/١ .

(١) الكافي ٣١/٢ ، كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي ١٧٧/٣، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع لعبدالرحمن بن قاسم العاصمي ٣٦٦/٤.

(٢) المغني لابن قدامة ٣١٤/٤ .

الجهالة الثالثة : جهالة ثمن العين المعلومة كذلك ؛ لأن سبيل معرفة ثمن العين بالتقسيط على المعلوم والمجهول ، والمجهول لايمكن لنا تقويمه فبطل التفريق ، وبطل العقد بالكامل وذلك لتعدد الجهالات .

النوع الثاني : أن يكون المبيع مما ينقسم عليهما بالأجزاء ، كمنزل مشترك بينه وبين غيره ، وباعه بغير إذن شريكه ، فهذه المسألة فيها وجهان عند الحنابلة(١):

الأول : يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملك ، والمشتري بالخيار عند عدم علمه .

والثاني : لا يصح فيها .

ورجح ابن قدامة في المغني الأول ؛ وذلك لأن كل واحد منهما له حكم مستقل إذا أفرد بالعقد ، فهذا الحكم يثبت لكل واحد منهما إذا جمع بينهما ، ولأن العقد اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين ، فلهذا صح البيع فيما يصح وبطل فيما لا يصح(٢).

النوع الثالث : أن تشتمل الصفقة على حرام وحلال كخمر وخل، وحنطة وميتة ، فالأصح عندهم أن يبطل البيع فيما لا يصح بيعه ، أما الذي يصح إفراده في البيع ففيه روايتان .

وذهب الظاهرية إلى بطلان العقد مطلقاً إذا جمعت الصفقة بين حلال وحرام؛ لأنه أكل أموال الناس بالباطل ، قال ابن حزم في المحلى : "وكل صفقة جمعت حراماً وحلالاً فهي باطلة كلها لا يصح منها شيء"(٣) فلا يتحول العقد الباطل لصحيح عندهم ، ويتفق

---

(١) المرجع نفسه ٣١٥/٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ٣١٥/٤ .

(٣) المحلى لابن حزم ١٦/٩.

الظاهرية مع أبي ثور[١] تغليبا للحرام ، سواء كان المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كدار مشتركة بين المتعاقدين أم كان المبيعان مما لا ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كخمر وخل [٢].

والراجح أن الصفقة إذا جمعت بين حلال وحرام ، أو بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه ، فالعقد بداية باطل ؛ وذلك لتأثير الحرام على الحلال ، ومع هذا فإنه يجوز أن يتحول الباطل إلى صحيح في العقد نفسه في جزئه الحلال عن طريق تفريق الصفقة ، ويتحول العقد إلى صحيح في الصفقة التي يصح إفرادها وحدها .

وهذا تحول للعقد ولكن ليس بكامله ، وذلك للباطل الموجود فيه، وإذا فرق بينه وبين الحلال تحول العقد ، دون حاجة إلى إجراء عقد آخر. والله أعلم .

---

(١) أبو ثور : إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان ، ولقب بأبي ثور ، فقيه ، من أصحاب الإمام الشافعي، ت ٢٤٠هـ . انظر: سير أعلام النبلاء للذهبي ٧٢/١٢ ط. مؤسسة الرسالة .

(٢) المغني لابن قدامة ٣١٥/٤ .

المطلب الثاني
تحول العقد الباطل إذا ارتفع
ما يبطل العقد إلى عقد صحيح

من المعلوم لدى الفقهاء ، أن العقد لانعقاده صحيحاً ، ولترتب آثاره وسريانها على العاقدين ، لابد من استكمال الأركان والشروط التي وضعها الشارع ، والتي أمرنا بإتمامها وإكمالها.

فإذا وجد ثمت نقص في الأركان أو في الشروط أو فيهما، سمي العقد فاسداً أو باطلاً على حسب اختلاف اصطلاحات الفقهاء.

ومع هذا هل يمكن تحول العقد الذي طرأ عليه الخلل إلى عقد صحيح ، وذلك إذا ارتفع الطارئ ، أو الوصف المؤثر، واستوفى أركانه وشروطه ؟

وبعبارة أخرى : إذا قلنا: إن الأصل في إجراء العقود الصحة، وإذا وجد الخلل فهو عيب خارجي عن العقد ، يمنع من صحته ، فمتى أزيل العيب ، وذلك عن طريق استكمال الأركان أو الشروط عند نقصانها ، أو عن طريق ارتفاع ما يبطل العقد من وجود وصف مؤثر في صحته . فهل يتحول هذا العقد من الباطل إلى الصحيح ، أم أنه يحتاج إلى إجراء عقد آخر ؛ لأن الأول ملغى ، ومهمل ولا أثر له، فلا نجعل له متنفساً إلى الصحة عن طريق التحول .

ويمكننا تصور إمكانية ذلك التحول من خلال المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى : تحول العقد الباطل بسبب عدم المعقود عليه إلى صحيح .

المسألة الثانية : تحول العقد الباطل بسبب العجز عن تسليم المعقود عليه إلى صحيح .

ونمهد بين يدى هاتين المسألتين بالحديث عن بيع المعدوم والملحق به ، وبيع المحجوز عن تسليمه ، وذكر أمثلة لهما وشيء من أحكامهما ، وذلك لتمثل المسألتين السابقتين فيهما :

أولاً : بيع المعدوم ، والملحق به :

وبيع المعدوم كبيع نتاج النتاج ، فقد ورد النهي عنه ، لما روي عن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) عن النبي ﷺ : " أنه نهي عن بيع حَبَل الحَبَلَة "[١].

ومنه كذلك بيع الثمر قبل ظهوره[٢]، فعن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن النبي ﷺ : " نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائعَ والمبتاع "[٣] .

واتفق الفقهاء على بطلان ما مضى من البيوع ، وعلى عدم انعقادها ؛ وذلك لوجود الوصف المؤثر على إبرام العقد ، ألا وهو العدم ، ووجود المعقود عليه وقت العقد شرط من شروطه ، الذي إذا فقد لم ينعقد العقد ؛ للضرر المترتب عليه، والمنهي عنه شرعاً .

يقول الكاساني ــ عند ذكره شروط العقود ــ : " وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع ، منها أن يكون موجوداً ، فلا ينعقد بيع المعدوم ، وما له خطر العدم "[٤].

---

(١) رواه الإمام البخاري في كتاب البيوع ، باب بيع الغرر وحبل الحبلة رقم (٢٠٣٦) ٧٥٣/٢، رواه الإمام مسلم ، كتاب البيوع في باب تحريم بيع حبل الحبلة ١١٥٣/٣ .

(٢) هو بيع الثمر قبل أن تخلق وتظهر على الشجر ، أو بعد أن تخلق على الشجر ، ولكن قبل النضج .

(٣) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ، رقم ١٥٣٤ ، ١١٦٥/٣.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٨/٥ .

ويقول صاحب القوانين الفقهية : " ولا يجوز بيع الثمار حتى يبدو صلاحها"[١].

وقال أبو زيد القيرواني صاحب الرسالة [٢]: " ولا يجوز بيع نتاج ما تنتج الناقة "[٣].

وقال الشيرازي: " ولا يجوز بيع المعدوم " وشرحه السيوطي بقوله : " أي كالثمرة التي لم تخلق "[٤] وقال في المهذب مثله[٥]، وقال ابن المنذر : " وأجمعوا على فساد بيع حبل الحبلة ، وما في بطن الناقة "[٦] وقال ابن قدامة : " وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي تنتج ، فالبيع فاسد ؛ لأنه بيع معدوم "[٧].

ومما يأخذ حكم بيع المعدوم : بيع الملحق به .

ومن أمثلته : بيع اللبن في الضرع [٨] أو بيع الدقيق في الحنطة، أو الزيت في الزيتون ، أو الدهن في السمن ، أو العصير في العنب [٩]، وغيره .

---

(١) القوانين الفقهية ٢٦٤ .

(٢) أبو زيد القيرواني: هو عبد الله بن عبد الرحمن ابن أبي زيد النفراوي القيرواني، فقيه مالكي ، حتى كان إمام المالكية في عصره ، ويلقب بقطب المذهب وبمالك الصغير ، له مؤلفات منها : مختصر المدونة ، المناسك ، الرسالة ، وإعجاز القرآن ، ت ٣٨٦هـ ، انظر: شجرة النور الزكية ص١٠٨ ، وانظر: الأعلام للزركلي ٢٣٠/٤.

(٣) الرسالة لأبي زيد القيرواني وعليها حاشية العدوي ١٥٥/٢ .

(٤) التنبيه للشيرازي مع شرحه للسيوطي ٣٦١/١ طبعة دار الفكر .

(٥) المهذب مع شرحه المجموع ٣١٠/٩ .

(٦) الإجماع لابن المنذر ١٠٩.

(٧) المغني ٢٩٨/٤.

(٨) وهو بيع منهي عنه؛ لأن اللبن في الضرع مجهول الصفة والمقدار، فهو كالمعدوم

(٩) علل الكاساني سبب التحريم بقوله : " ... لأن بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم ؛ لأنه لا دقيق في الحنطة ولا زيت في الزيتون ؛ لأن الحنطة اسم للمركب ، والدقيق اسم للمتفرق ، فلا دقيق في حال كونه حنطة ولا زيت في حال كونه زيتونا " . انظر البدائع ١٣٩/٥.

فهو بيع باطل ؛ لأن المعقود عليه كالمعدوم وقت الانعقاد ، وقد ورد عن الرسول ﷺ النهي عن بيع الغرر ، والمعدوم والملحق به نوع من أنواع الغرر .

ثانياً : بيع المعجوز عن تسليمه [١]:

اشترط الفقهاء في المعقود عليه أن يكون مقدوراً على تسليمه ، ولكن بعض العقود قد تتم مع العجز عن تسليم المعقود عليه مثل بيع المغصوب ، وبيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء ، فإنها بيوع باطلة ، لعدم إمكان تسليمها ، ويقول الكاساني ـ عن شروط المعقود عليه ــ : " أن يكون مقدور التسليم عند العقد ، فإن كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد"[٢]، وجاء في القوانين الفقهية : " ... وهو ممنوع ـ أي بيع الغرر ـ للنهي عنه ، وهو على عشرة أنواع: الأول: تعذر التسليم ، كالبعير الشارد"[٣]. ويقارب هذا مذهب الشافعية [٤] والحنابلة[٥].

ولكن إذا جاء البائع وسلم المشتري النتاج ، أو الثمرة المذكورة في العقد ، أو سلمه الطير أو السمك أو المغصوب ، فهل ينقلب العقد ويتحول إلى عقد صحيح باعتبار وجود آثار استثنائية للعقد ، واعتبار وقت وجود المعدوم لا الوقت الذي أجري فيه العقد ؟.

قد أدى الاتفاق الذي مضى من الفقهاء على بطلان البيوع السابقة، إلى ذهاب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى

---

(١) الفرق بين هذا البيع وبين الذي قبله ، أن غير المقدور على تسليمه من المعقود عليه موجود ، ولكنه لا يمكن تسليمه للمشتري لأمر طارئ ، من غصب المعقود عليه أو بيع الطير في الهواء أو السمك في الماء ، وأما بيع المعدوم ، فالمعقود عليه.وما جرى عليه العقد غير موجود أساساً ولا يمكن وجوده حالياً .

(٢) البدائع ١٤٧/٥ .

(٣) القوانين الفقهية ٢٥٩ .

(٤) مغني المحتاج ١٣/٢ .

(٥) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ١٦٢/٣ .

عدم تحول العقد الموصوف بالباطل، بسبب العدم إلى عقد صحيح، عند ارتفاع ما يبطله. فلابد عندهم من عقد آخر جديد صحيح ؛ لأن الذي معنا ليس بعقد تترتب عليه آثاره التي منها التحول، فإذا وجد المعدوم وقت التسليم ، وقام البائع بتسليمه للمشتري، فلابد من إجراء عقد جديد غير الذي مضى ، فمثلاً في بيع نتاج النتاج إذا سلم البائع المشتري المعقود عليه ، أو في بيع الزيت في الزيتون سلمه الزيت وهكذا ، فعند الجمهور يحتاج العاقدان إلى عقد جديد ، والعقد الذي مضى باطل ولا يمكن أن يتحول إلى عقد صحيح في نفسه .

قال الكاساني ـ بعد الكلام عن بيع المعدوم ـ : " لا ينعقد أصلاً حتى لو طحن ، أو عصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول ... وهنا المعقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد أصلاً فلا يحتمل النفاذ"[(١)].

وكذا قال عن بيع الآبق : " حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول "[(٢)].

وقال الرملي[(٣)] في نهاية المحتاج : " ولو حذف العاقدان المفسد للعقد، ولو في مجلس الخيار لم ينقلب صحيحاً؛ إذ لا عبرة لفاسده"[(٤)].

ويقول البهوتي: " فلا يصح بيع آبق سواء علم الآخذ له مكانه أو جهله ولو لقادر على تحصيله" [(٥)].

---

(١) البدائع ١٣٨/٥ .

(٢) البدائع ١٤٧/٥ .

(٣) الرملي : هو محمد بن أحمد بن حمزة الرملي ، شمس الدين المنوفي ، المصري، فقيه شافعي المذهب ، له مؤلفات منها : نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، وغاية البيان في شرح زيد ابن رسلان، ت ١٠٠٤هـ بالقاهرة . انظر: الأعلام للزركلي ٢٣٥/٦.

(٤) نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٥٢/٣ وانظر: مغني المحتاج ٤٠/٢ والروضة للنووي ٤١٠/٣.

(٥) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي ١٦٢/٣ ، ط. دار الفكر .

بعد هذا التمهيد الذي تحدثنا فيه عن بيع المعدوم والملحق وبيع المعجوز عن تسليمه ، نتطرق إلى الحديث عن مسألتي تحول العقد الباطل إلى صحيح .

المسألة الأولى : تحول العقد الباطل بسبب العدم إلى صحيح :

من البيوع الباطلة والتي نص الفقهاء على بطلانها مسألة : بيع الثمار قبل أن تخلق ، وقد عرفنا فيما مضى أنه لا يجوز بيعها عند جميع الفقهاء ، فلا نتطرق إليها .

وإنما المسألة التي تخصنا في البحث هي بيع الثمار المتلاحقة ، أي يتلاحق ظهورها، فلا توجد دفعة واحدة ، في وقت واحد ، وإنما تظهر الثمار بعضها بعد ظهور بعض ، فالذي ظهر لا غبار في جواز بيعه ؛ لأنه معلوم وموجود ومقدور على التسليم ، ولكنه إذا ضم العقد ما ظهر وما لم يظهر من الثمار المعدومة التي لم تظهر بعد ، ولكنها سوف توجد في المستقبل ، لعدم خروجها دفعة واحدة ، وذلك مثل البطيخ والتين والباذنجان والقثاء والخيار والقرع وغيرها.

فهل يجوز العقد على ما وجد وما لم يوجد، ونقول بتحول العقد من الباطل إلى الصحيح ؛ لأنه معدوم فإذا وجد صح البيع ؟ أم لا يصح العقد إلا فيما ظهر من الثمار ؟

إذا ضم العقد معلوماً ومجهولاً ، فالمجهول لقوته يؤثر على المعلوم ، ويجعله حراماً؛ وذلك للقاعدة الفقهية : إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام ، فالحلال هو بيع المعلوم ، والحرام بيع المجهول، وفي بيع الثمر المتلاحق الظهور نجد العقد قد جمع بين حلال وحرام، أي بين معلوم ومجهول ؛ مما يجعل العقد باطلاً للجهالة المؤثرة على العقد ، وقد جاءت مجلة الأحكام الشرعية في مادة : ٢٠٥ بقولها : "بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز"[١] وجاء

---

(١) المجلة مادة / ٢٠٥ .

في شرح المجلة: " ولو باع كل الثمار ، وقد ظهر البعض دون البعض الآخر فظاهر المذهب أنه لا يصح "(١).

وعدم الصحة عندهم ، قياساً على بطلان بيع الثمر التي لم تظهر بعد ، ولأنه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز(٢).

فهذا ما ذهب إليه الحنفية في ظاهر الرواية (٣) ، كما ذهب إليه الشافعية (٤) والحنابلة(٥) والظاهرية(٦) وإبراهيم النخعي(٧) والشعبي(٨) وعطاء ومجاهد(٩) (١٠)، فلا يجوز عندهم ضم ما لم يظهر إلى العقد للغرر الموجود فيه ، ألا وهو عدم معرفة مقدار وصفة الخارج ، أو لأنه قد لا يخرج ، أو قد يخرج ولكن على صفة لا ترضي المشتري، فبطل العقد من أصله.

وقال الإمام النووي في منهاجه : " ولو بيع ثمر يغلب تلاحقه ، واختلاط حادثه بالموجود كتين وقثاء لم يصح "(١١) والعلة عند

---

(١) شرح المجلة ليوسف آصف ٨٧/١ .
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦/٧.
(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦/٧ .
(٤) مغني المحتاج ٩٢/٢.
(٥) المغني ٢٢١/٤ .
(٦) المحلى لابن حزم ٤٠٧/٨.
(٧) النخعي هو : إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي (٤٦ ـ ٩٦) من أكابر التابعين صلاحاً وعلماً، وكان إماماً مجتهداً له مذهب ، انظر: سير أعلام النبلاء ٣٦/١.
(٨) الشعبي هو : عاصم بن شراحيل الشعبي ، من كبار التابعين ، ولد ونشأ بالكوفة ، وهو من رواة الحديث وثقة عند أهل الحديث ، حتى أخذ عنه الإمام أبو حنيفة ، ت ١٠٣هـ ، انظر : تذكرة الحفاظ ٧٩/١ ، الأعلام للزركلي ١٩/٤.
(٩) مجاهد هو : ابن جبر أبو الحجاج ، مولى قيس بن السائب المخزومي (٢١ ـ ١٠٤هـ) ، عرف بشيخ المفسرين ، وقد أجمعت الأمة على إمامته ، انظر: سير أعلام النبلاء ٤٢/١، الأعلام للزركلي ٣٤٦/٤.
(١٠) المحلى لابن حزم ٢٠٧/٨ ، البناية في شرح الهداية لأبي محمد العيني ٩٤/٧ ، دار الفكر ١٤١١هـ / ١٩٩٠م . والمغني ٩٢/٢ .
(١١) مغني المحتاج للشربيني على المنهاج للنووي ٩٢/٢ .

الشافعية، عدم القدرة على التسليم[١].

وعلل الحنابلة بأن الثمرة لم تخلق بعد ، فلم يصح بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، وطريق الخلاص من ذلك بأن يبيع الأصول معها [٢].

وأما المالكية ومتأخرو الحنفية وابن تيمية وابن القيم[٣] ، فقد ذهبوا إلى أن العقد بهذه الصفة يتحول من الباطل إلى الصحيح ، ويصح ضم ما لم يظهر من الثمار مع ما ظهر في عقد واحد وصيغة واحدة، فإذا ظهر المعدوم صح العقد فيما ظهر وتحول من الباطل إلى الصحيح الذي له أحكام الصحة ، أما الذي لم يظهر بعد فالعقد فيه باطل ، ولا تجري أحكامه عليه ، ولكنه إذا ظهر تحول الباطل إلى صحيح ؛ وذلك لأن الوصف المؤثر في العقد قد ارتفع وزال ، فتحول العقد بزواله إلى صحيح ، ولا يحتاج العاقدان إلى إجراء عقد جديد بصيغة جديدة عندهم ، وإنما يسري العقد ويتحول الجزء الذي بطل إلى الصحة ، ولأن المجهول صار معلوماً ، وزالت صفة الجهالة والغرر التي جعلت العقد باطلاً ، ومع زوالها تحول لعقد صحيح ، له آثاره الشرعية .

وهذا الرأي رجحته مجلة الأحكام في مادة ٢٠٧ : " ما تتلاحق إفراده يعني أن ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالفواكه ... يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة "[٤] وهذا التحول

---

(١) حاشية الجمل ٣/٢٠٦ .

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٤ ط. دار الفكر ١٩٨٤م .

(٣) ابن القيم هو : محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي ، الدمشقي، ولد سنة٦٩١هـ، وتوفي سنة ٧٥١هـ، كان فقيها ، أصوليا ، مفسرا ، له مؤلفات قيمة منها : زاد المعاد، وأعلام الموقعين ، مدارج السالكين . انظر: شذرات الذهب ٦/١٦٨ ، والأعلام للزركلي ٦/٢٨١.

(٤) مجلة الأحكام مادة ٢٠٧ ، مرآة المجلة ١/٨٧ .

ليس على الأصل وإنما هو استحسان ؛ حيث جاز لتعامل الناس به ، وحاجتهم إليه .

فمتأخرو الحنفية يقولون بجواز ذلك استحساناً ؛ لتعامل الناس، فعندما كثر تعامل الناس به وعمت البلوى جوزه الحنفية استحساناً ، فبهذا يتحول العقد من الباطل إلى صحيح في العقد نفسه ، وهي رواية عن محمد [١].

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى جواز ذلك بداية ، وقسموا ما يتلاحق إلى أقسام : فالبطون التي تظهر إما أن لا تتصل ، فلا يصح بيع ما ظهر مع ما لم يظهر ، وإما أن تتصل البطون ، والمتصل قد يتميز عن غيره ، ففيه روايتان : إحداهما الجواز، والأخرى المنع .

وقد لا يتميز المتصل ، وهذا يجوز بيعه ويجوز ضم ما ظهر منه مع ما لم يظهر ، وذلك لأنه لايمكن حبس أوله عن آخره ، فجاز أن يجمع في العقد الواحد ما ظهر وما لم يظهر ، قياساً على جواز بيع ما صلح من الثمار مع ما لم يصلح[٢].

واشترطوا لصحته البيع : أن يكون البيع شاملاً لكل ما يخرج ، فلا يقدر بعدد أو بطون ، أو مدة معينة[٣].

وإلى هذا ذهب ابن تيمية[٤]: فبيع المعدوم باطل ، ولكنه في عقد بيع ما يتلاحق ظهوره مع ما لم يظهر يجوز ، ويتحول العقد من الباطل إلى عقد صحيح مع ظهور المعدوم ؛ لأنها صفة مؤثرة في صحته وقد زالت وارتفعت فتحول إلى صحيح .

---

(١) ذكر هذا الرأي ابن عابدين في حاشيته ورجحه على رواية ظاهر المذهب ؛ وذلك للضرورة ولجريان العرف بذلك . انظر الحاشية ٥٥٦/٤.

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ١٧٥/٢، منح الجليل شرح مختصر خليل لمحمد عليش ٢٩٨/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨٧/٤ .

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي المالكي ٢١٤ .

(٤) مجموع الفتاوى ٤٨٤/٢٩.

وعلل ابن تيمية أن العقد لم يدخل تحت النهي ؛ لأن الحاجة داعية إلى عمل مثل هذا العقد لعدم تمكن بيع كل ثمرة وحدها إذا ظهرت ؛ فهذا من الأمور المتعسرة، وإذا قلنا : لابد من ظهور الثمرة حتى يصح البيع ، فإما أن يفرد كل ثمرة وحدها ، مما يشق هذا على الناس، فيشق على البائع؛ لأنه كلما ظهرت ثمرة بحث عن مشتر لها ، ويشق على المشتري؛ لأنه قد يختلف ويختلط ثمره بثمر غيره ، ويكون التنازع .

وإما أن ينتظر خروج ثمار كل البستان، ويبيعها، وبهذه الصورة قد يفسد ما خرج أولاً، مما يسبب ضرراً للبائع وإضاعة لماله.

فالمعدوم الأصل أنه باطل ، ولكنهم يجيزونه بشرط تحقق وجوده في المستقبل، وعدم وجود غرر ظاهر فيه ، فإذا وجد المعقود عليه ولم يكن هناك غرر تحول العقد إلى صحيح بعد أن كان باطلاً ، وهذه لها ثلاث حالات :

الأولى : إما أن تظهر ثمار كل البستان وكل المساحة ، فهذا العقد يتحول من الباطل إلى صحيح بكامله ، وبكامل المساحة التي وقع عليها العقد .

الثانية : أن لا يظهر شيء من الثمار المعدومة ، فهذا العقد يتم فيه تفريق الصفقة ، فالذي كان موجوداً وظاهراً ينفرد بالعقد وحده ، وأما الذي لم يظهر يبقى على بطلانه .

الثالثة : أن يظهر المعدوم ، ويبقى البعض ، فالتي لم تظهر لا تدخل تحت العقد ولا يشملها ، فتظل على بطلان الجزء الذي يقابلها من العقد ؛ والثمار التي ظهرت ، فبظهورها يتحول العقد ـ بما يقابلها من الثمن ـ من الباطل إلى الصحيح. هذا والله أعلم .

أما بالنسبة للبيع الملحق بالمعدوم ، فمن الذين قالوا بالتحول فيه

الإمام مالك[١]،مع اتفاقه علىعدم صحة بيع المعدوم إلا أنه قال بجواز بيع اللبن في الضرع في الغنم بشروط، وذلك بأن تكون أياماً معدودة، وأن يكون ما يحلب منها معروفاً في العادة، ولا يكون في شاة واحدة.

فمن المعلوم أن بيع اللبن في الضرع من البيوع المعدومة ، ولا يجوز بيع المعدوم وهو باطل ، ولكن الإمام مالك قال بتحول العقد الباطل إلى صحيح إذا توافرت فيه الشروط السابقة ، لارتفاع الجهالة المتحققة في بيع المعدوم بالشروط التي مضت .

ومن المسائل التي يتحول العقد فيها من الباطل إلى صحيح من خلال ارتفاع الوصف المؤثر :

ما ذهب إليه المالكية من جواز شراء الزيت من الزيتون، فالأصل فيه البطلان كما علمنا ، ولكنهم قالوا بتحول العقد لصحيح بعد تحقق الشروط التالية: أن يكون قدراً معلوماً ، وعدم اختلاف مقدار خروج الزيت عند الناس ، وكذلك قرب عصر الزيتون بحيث لم يمض على عصره أكثر من عشرة أيام [٢].

فإذا توافرت هذه الشروط صار عقداً صحيحاً وتحول إلى الصحة؛ لأن هذه الشروط تقلل من الغرر في بيع المعدوم .

وإذا اختلت إحدى هذه الشروط بقي على أصله وهو البطلان ، وقال الخرشي بعد ذكره هذه الشروط والقيود : " فإن اختلف خروجه [أي الزيت] لم يجز بيعه قبل عصره "[٣] ، فيتضح لنا أن الزيت إذا سلم وقت العقد ولم يختل شرط من شروطه التي مرت تحول العقد إلى عقد صحيح ، وإذا فقد شرط فإنه يظل على أصله الباطل ولا يصح البيع لوجود الخلل .

---

(١) بداية المجتهد ١٥٩/٢.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٩٧/٥.

(٣) المرجع نفسه .

المسألة الثانية : تحول العقد الباطل بسبب العجز عن تسليم المعقـود عليه إلى صحيح :

فهذه المسألة الثانية التي يتحول فيها العقد الباطل إلـى الصحيح بارتفاع ما يبطلـه ، فـإذا بيعت الدابـة النـادة ، أو المـال المغصـوب ، فالعينان موجودتان وغير معدومتين ولكن منع من قبضهما كون الأول : ناداً والثاني: مغصوباً ، والعقد عليها باطل عند الفقهاء ، إلا أنه فـي بعض الصور يتحول العقـد إلـى الصحيـح ، وذلـك إذا توفـرت بعـض الشروط التي تجيز هذا التحـول ، كمـا سيتبين مـن خـلال اسـتعراض أقوال الفقهاء .

ويـرى جمهور الحنفيـة أن بيـع الحيـوان النـاد لا ينعقد ويكـون باطلاً ، وإذا ظهر الحيوان الذي كان معجوزاً عن تسليمه ، لا يتحـول العقد إلى صحيح ، ويحتاج إلى تجديد العقد وإبرامه من جديد[١].

ولكن خالف الكرخي[٢] والطحاوي مـن الحنفيـة فـي مسـألة بيـع الحيوان الناد حيث قـالا بتحـول العقـد إلـى الصحيـح ، ولايحتـاج إلـى تجديد العقد عند ظهوره ؛ لأن كونه ناداً لا يوجب زوال الملك [٣].

أما بيع المغصوب لغير الغـاصب فقد أجـاز الحنفيـة أن يتحـول إلى صحيح ولكن عند تسليمه ، أما إذا لم يتم التسـليم فإنـه يرجـع إلـى أصله وهو كونه معجوزاً عنه فيبطل العقد . فهو بيع موقـوف يتحـول إلى صحيح عند التسليم .

وعند الإمام مالك فبيع الناد باطل ويتحول إلى صحيـح بشـروط منها : أن يكون معلوم الصفة ، وأن يكون معلوم الموضـــــع ، وألا

---

(١) البدائع للكاساني ١٤٧/٥ .

(٢) الكرخي هو : عبيد الله بن الحسين ، أبو الحسن الكرخي (٢٦٠ ـــ ٣٤٠هـ) من العراق ، من كبار الحنفية ، وانتهت إليـه رئاسـة أصحـاب أبـي حنيفـة ، انظـر : الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ٣٣٧/١ للقرشي .

(٣) البدائع للكاساني ١٤٧/٥.

يقبض البائع الثمن حتى يقبض المشتري المبيع[١] .

فالأصل عند الإمام مالك أن العقد باطل، ولكنه إذا ارتفع الوصف المؤثر، بأن قبض المشتري المعقود عليه ، تحول العقد إلى عقد صحيح له أثر الصحة . ولا يتم التحول إلا بعد تحقق القبض فإذا لم يقبض المشتري المثمن أو البائع الثمن فهو لا يزال في دائرة الباطل، ويتحول بتحقق القبض وزوال الوصف المؤثر .

واتفق الشافعية مع الحنابلة[٢] ، في بيع المغصوب للقادر على انتزاعه ، أو للغاصب؛ وذلك لعدم وجود الغرر ولإمكان القبض.

فعند الشافعية لو بيع للقادر على انتزاعه من غاصبه تحول إلى عقد صحيح، وصح العقد، قال النووي في منهاجه : " فلا يصح بيع الضال والآبق والمغصوب، فإن باعه لقادر على انتزاعه صح على الصحيح "[٣] . فتصحيح بيع المال المغصوب معناه تحول العقد من الباطل إلى الصحيح إذا توفر الشرط ، وهو القدرة على الانتزاع .

أما الحيوان الناد فلا يصح عندهم العقد عليه ، سواء علم مكانه أو جهله ، إلا إذا بيع لمن يقدر على قبضه ورده ، فإذا قبض المنصوص عليه في العقد تحول البيع وصح .

وكذلك صحح بيع المعجوز عن تسليمه إذا علم به أحد المتعاقدين، ابن سيرين وشريح[٤][٥] ، وأجازه الظاهرية[٦]، سواء

(١) بداية المجتهد ١٥٨/٢ .

(٢) مغني المحتاج ١٣/٢ ، والمغني ٢٨/٤.

(٣) مغني المحتاج ١٣/٢ .

(٤) شريح هو : ابن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي ، أبو أمية ، توفي سنة ٧٨هـ بالكوفة، اشتهر بالقضاء بالكوفة زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية واستعفى أيام الحجاج سنة ٧٧ هـ ، حتى توفي . انظر : الجواهر المضية ١٠٠/٤، الأعلام للزركلي ٢٣٦/٣.

(٥) انظر مغني المحتاج ١٣/٢ ، والمغني ٢٨/٤.

(٦) المحلى ٣٨٥/٨ .

عرف مكانه أو لم يعرفه ؛ لأن الظاهرية تشترط ألا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشترى منه فقط .

والراجح هو قول القائلين بأن بيع المعدوم في الأصل باطل ، ووجود المعقود عليه شرط من شروط المبيع ، ولكن إذا أزيلت هذه الصفة ، يتحول العقد من الباطل إلى الصحيح ؛ وذلك لأن العقد له آثار استثنائية منها التحول ، وقد أجاز بعض العلماء بيع المعدوم بالشروط التي مرت معنا ، وفي الحالة هذه يقل الغرر المنهي عنه شرعاً ، كما أن فيه تسهيلاً على الناس، فلا يحتاجون إلى تجديد العقد، وإنما يمضي العقد القديم على بطلانه ، فإذا وجد المعقود عليه وتم القبض من قبل المشتري تحول العقد إلى الصحيح ، فإذا لم يتحقق القبض ولم يوجد المعقود عليه أو لم يظهر ظل العقد على أصله ، أي: على عدم صحته ؛ لوجود العدم .

واستدل القائلون بالتحول كابن تيمية [١] وابن القيم [٢] على جواز بيع المعدوم أنه لم يرد في كتاب الله، ولا في سنة رسوله، بل ولا عن أحد من الصحابة، أن بيع المعدوم لا يجوز ، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام ، وإنما الذي ورد النهي عنه بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة ، إذن فليست العلة في النهي عن بيع الأشياء المعدومة هي العدم، كما أنه ليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة هي الوجود، فوجب أن تكون هناك علة أخرى للنهي عن بيع تلك الأشياء المعدومة ، وهذه العلة هي الغرر ، فالمعدوم الذي فيه غرر نهي عن بيعه ؛ لكونه غرراً ، لا لكونه معدوماً ، كما إذا باع ما يحمل هذا

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٤٨٤/٢٩ ونظرية العقد لابن تيمية ص ٢١٣، ط. مركز الكتاب ١٩٩١م.

(٢) إعلام الموقعين ٣٦١/١.

الحيوان أو ما يحمل هذا البستان ، فقد يحمل وقد لا يُحمل، وإذا حمل فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه، فلهذا بطل.

ومن الأدلة التي استدل بها ابن تيمية ، أن الشارع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع ، كما في بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، فهو مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح ، فإنه يدخل فيه ما هو معدوم لم يخلق .

وهذا الرأي رجحه من المعاصرين الدكتور صديق الضرير ، في كتابه الغرر وأثره في العقود ، وقال : " ولا شك أن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقاً لا تؤيده الأدلة، بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها ... ومن أوضحها الإجارة والسلم والاستصناع ، فهذه العقود وأشباهها مما ورد نص بجوازها "[١].

ولكن ليس كل معدوم نقول بتحول عقده إلى صحيح إذا وجد ، وإنما لابد من ضابط يوضح لنا متى نرجح التحول ؛ لأن المعدوم أنواع : فهناك معدوم لا يتحقق وجوده لا حالياً ولا مستقبلاً ، فهو مجهول الوجود ، ومصاحب للغرر الذي هو علة نهي الشارع عنه ، والفقهاء متفقون على بطلان هذا النوع من البيع ، لا للعدم فقط وإنما للغرر المصاحب له ، وهذا النوع لا نقول بتحوله كذلك .

وهناك معدوم ، ولكنه متحقق الوجود في المستقبل ، فلا غرر فيه ولا في بيعه ، ولو رجعنا إلى الصور التي اختلف فيها الفقهاء من بيع ما يتلاحق ظهوره ، ومن بيع الزيت في الزيتون ، ومن بيع المغصوب لمن يقدر على استرجاعه أو للغاصب ، فمن أجاز بيعها وقال بارتفاع الوصف المؤثر قال بتحول العقد إلى الصحيح ؛ لأنه محقق الوجود في المستقبل ولا غرر فيه ، ومن منع البيع رأى الغرر

---

(١) الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، د. الصديق محمد الضرير ص ٣٥٨ ط. دار الجيل ١٩٩٠م .

حاصل بأن المشتري قد لا يحصل على المعقود عليه، مع تسليمه الثمن للبائع ، فيقع الضرر على المشتري ، وهذا بخلاف ما نقول به؛ لأنا نقول إن العقد باطل ، ولكنه بارتفاع الغرر وبوجود المعقود عليه واستلام المشتري له يتحول العقد إلى صحيح ، وعليه لا يحتاج العاقدان إلى إبرام عقد جديد .

يقول الدكتور صديق الضرير : " القاعدة التي ينبغي السير عليها في بيع المعدوم هي : أن كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه ، وأن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه "[١].

فالضابط الذي يجيز تحول العقد الباطل لعقد صحيح هو : انتفاء الغرر المؤدي إلى التنازع ، فالغرر متى وجد بطل العقد وإذا انتفى تحول العقد إلى صحيح.

---

(١) المرجع السابق نفس الصفحة .

المطلب الثالث
أن تؤدي صيغة العقد الباطل
إلى معنى عقد آخر صحيح

الصيغة في الاصطلاح [١]:

هي الألفاظ أو العبارات التي يتركب منها العقد ، والتي تدل على اتفاق الطرفين على إنشاء العقد ، وهو ما يطلق عليه الإيجاب والقبول ، والصيغة هي أحد أركان العقد مع العاقدين والمعقود عليه، وعند الحنفية الركن الوحيد للعقد .

وسبب كون الصيغة ركنا في العقد ، أن الشارع الحكيم حرم علينا أخذ أموال الناس بغير رضا منهم ، وبغير طيب نفس، قال تعالى : ﴿ يا أيُّها الّذيْن آمنُوا لا تأكُلُوا أمْوالكُمْ بيْنكُمْ بالبَاطِل إلاّ أنْ تَكُونَ تجارةً عنْ تراضٍ مِنْكُمْ ﴾[٢] فلابد من الرضا في العقد، والرضا الذي لابد منه، إنما تدل عليه الصيغة ، من الإيجاب والقبول[٣].

ولأنه لما كانت ارادة العاقد[٤] من الأمور التي لا يمكن لنا معرفة مرادها من الموافقة أو عدمها ؛ لأنها من الأمور الباطنة أو

(١) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، د. نزيه حماد ص ٢١٧.
(٢) سورة النساء الآية ٢٩ .
(٣) مبدأ الرضا في العقود ، د. علي القره داغي ٢/٨٣٥ .
(٤) الإرادة نوعان :
(أ) الإرادة الباطنة : أو ما تسمى بالإرادة الحقيقة ، وهي النية التي لا يطلع عليها أحد، وهي أساس إجراء العقود، ولابد من توافر الرضا والاختيار للإرادة الباطنة؛ لأنه على قرارها تبنى العقود ، وتصدر التصرفات من العاقد ، فهي ما يسميه الفقهاء بالنية في قاعدتهم الأمور بمقاصدها .
(ب) الإرادة الظاهرة : وهي طريقة التعبير عما في الباطن عن طريق إجراء العقود ، من اللفظ أو الإشارة أو الكتابة وغيرها ، وهي التي تظهر في عملية التعاقد .

الداخلية ، جعلت الصيغة للدلالة على ما في الإرادة الباطنة ، فدلت الصيغة على رضاها أو عدم الموافقة على إجراء العقد ، كما جعل الفقهاء لهذه الصيغة شروطاً لابد من توافرها ، حتى يتم العقد صحيحاً، كأن تكون الصيغة واضحة الدلالة على ما أراده المتعاقدان، ومفهومة لديهم ، وأن يتحد المجلس ، وأن يوافق القبول الإيجاب، وغيرها[١].

ويكون التعبير عما في الإرادة الداخلية عن طريق التلفظ[٢] ، أوعن طريق غير التلفظ كالكتابة[٣] أوالإشارة [٤] أو التعاطي[٥]..إلخ.

= انظر : ضوابط العقود ص ٢٣٦ د. عبد الحميد البعلي ، المدخل الفقهي العام ٤٣٥/١.

(١) نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، د. محمود حسن ص ١٠ ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د. عبد الكريم زيدان ص ٢٤٥ . ط. مؤسسة الرسالة .

(٢) اللفظ : هو الكلام الذي ينطق به الإنسان ، بقصد التعبير عما في ضميره ، واللفظ أول ما عرفه البشر كأداة تعبير للتعامل بينهم قبل كل الوسائل الحديثة ، فهو مقدم على ما سواه . انظر: مصادر الحق ١٠٦/١ للسنهوري ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ص ٢٤٧ ، د. عبد الكريم زيدان .

(٣) وذلك بأن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتابا بإيجابه ، فينعقد العقد بها بأي لغة مفهومة لكل منهما . انظر: المراجع نفسها .

(٤) تجوز الإشارة للأخرس ، إذا كانت مفهومة له ، ويتم العقد بها ؛ وذلك لأن الإشارة قامت مقام العبارة ، أو في الحقيقة هي عبارته الأصلية إذا لم يعرف الكتابة ، أما إذا علم الكتابة فقد قال البعض : الكتابة تقوم مقام الإشارة فلا تصح منه الإشارة ؛ لأن الكتابة أوضح وأيقن للتعبير عما في الإرادة فلا ينتقل إلى غيرها ، وذهب فريق آخر إلى جواز العقد بالإشارة مع القدرة على الكتابة فقدرة الأخرس على الكتابة لا تمنعه من الإشارة .
أما الناطق فلا تنعقد عبارته بالإشارة ، مادام قادراً على اللفظ والكتابة . انظر: المراجع السابقة نفسها .

(٥) التعاطي أو المعاطاة في البيع : هي أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع الثمن للبائع، أو يعطي البائع المبيع للراغب في الشراء فيدفع الآخر الثمن ، وذلك عن تراض منهما من غير تكلم ولا إشارة . واتفق الجمهور غير الشافعية على صحة بيع المعاطاة ؛ لأنها كناية عن الإيجاب والقبول. انظر نفس المراجع السابقة، والمنثور في القواعد ١٨٥/٣ للزركشي، وشروح مجلة الأحكام مادة ٣ .

ولكن أحيانا يكون الإيجاب والقبول ، أو ما يسميه الفقهاء بالصيغة مخالفا لما عليه العقد في الظاهر ، مع وجود نية لإنشاء عقد اخر وقد دلت عليه القرائن، أو يكون العقد الذي أنشئ لم يستكمل الأركان ولكنه موافق لأركان وشروط عقد آخر .

ففي هذه الحالة هل نلغي العبارة التي صدرت من أهلية قابلة لإجراء العقد ونجعل العبارة والصيغة كأنها لم تكن ؟ أم نقول باعتبار الصيغة التي جاءت مخالفة للعقد ، وذلك عن طريق النظر إلى مقصود العاقدين وإرادتهم في إبرام العقد ، فإذا جاءت موافقة لعقد اخر قلنا بتحول العقد من باطل لم يستكمل شروطه إلى عقد آخر صحيح ؟.

ذهب الفقهاء إلى أنه متى صدر الإيجاب والقبول ، فإعمال الكلام أولى من إهماله ؛ وذلك لأن الكلام إنما صدر من شخص كامل الأهلية ، وتصرفاته من الأقوال والأفعال لها اعتبارها الشرعي، فلا يمكن لنا إهمال ما صدر منه ، فإهمال الكلام معناه جعله لغواً ، والعاقل لايصدر منه لغو ، يقول الأستاذ أحمد الزرقا عن الكلام في صيغة العقد : "فوجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولا به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز" (١).

ولما كانت العقود من الأمور التي ضبطها الشارع بشروط وأركان ، فلا يتم العقد إلا باستكمالها ، وبنقصانها يعتبر العقد باطلاً، ولما كانت العقود قد صدرت من كامل الأهلية ، صار لها محل اعتبار ، من ترتب الآثار وسريانها على العاقدين ، بسبب النية التي هي المقصد من إنشاء العقد ، وأحياناً قد يتوجه نظر الشارع إلى النية وإلى الهدف من إبرام العقد ، دون النظر إلى الألفاظ .

---

(١) شرح القواعد الفقهية ، ص ٣١٥ ط. دار القلم ٨٩ ، وانظر المنثور للزركشي ١٨٣/١ ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٥٩/١ علي حيدر .

ففي بعض الأوقات يكون العقد الذي صدر غير كامل الشروط أو الأركان أو فيه صفة زائدة على العقد ، مما يجعله باطلاً ، ولكنه في نفس الوقت تتحمّل هذه الصيغة ـ التي صدرت من كامل الأهلية ـ في طياتها معنى عقد اخر تنطبق عليه هذه الصيغة وهذه الشروط والأركان ، مع وجود المقصد الحقيقي من الألفاظ وهو إنشاء العقد .

فالجمهور في الحالة التي مضت يقولون : يتحول العقد من عقد باطل إلى عقد صحيح ، ولكنه ليس في نفس العقد ، وإنما يتحول إلى عقد اخر صحيح تنطبق عليه الشروط والأركان وتوافقه ، وإن كان يوجد بعض الخلل في الصيغة ، فقد قال الفقهاء في القاعدة الفقهية : "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني"[١].

ومعنى هذه القاعدة ، أنه متى تعذر حمل العقد على الصحة بسبب الصيغة أو الألفاظ التي أصدرها العاقدان ، فلا يلتفت إلى الألفاظ ومبانيها ، وإنما ينظر إلى المقاصد التي دفعت كلاً منهما إلى إنشاء العقد ، ولهذا قال شارح المجلة علي حيدر معللاً ذلك : " لأن المقصود الحقيقي هو المعنى ، وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني ، ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة ، لا يجوز إلغاء الألفاظ "[٢].

وفي هذا المجال نجد أن العلماء قد ذكروا في كتبهم صوراً ومسائل كثيرة يتحول فيها العقد ، وسنقتصر على بعض منها لنؤدي المضمون وليتضح المراد .

---

(١) المنثور في القواعد الفقهية للزركشي ٢/٣٧١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٠، ط. دار الفكر ، مجلة الأحكام مادة ٣. وشرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقا ص ٥٥.

(٢) درر الحكام فى شرح مجلة الاحكام ٢١/١ .

المسألة الأولى : تحول عقد الكفالة إلى حوالة :

الكفالة لغة : بمعنى الضم ، ومنه قولهم : كفل فلان فلاناً ، إذا ضمه إلى نفسه يمونه ويصونه ، ومنه قوله تعالى ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾(١) أي ضمها إلى نفسه ، وقد تأتي الكفالة بمعنى الالتزام ، يقال: تكفلت بالمال ، أي: التزمت به وألزمته نفسي(٢).

وفى الاصطلاح : قد يتفق الفقهاء على أنها التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من عليه حق أو عين مضمونة لغيره.

أو هي " ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً، أي المطالبة بنفس أو بدن أو عين "(٣).

وقد اختلفت تعاريف الكفالة لاختلاف النظر للأثر المترتب على العقد، فالحنفية عندهم : إذا كان العقد على المال والبدن سمى كفالة ، والشافعية والحنابلة : إذا كان العقد على المال سمي ضماناً وإذا كان على البدن سمي كفالة، أما المالكية عندهم : الضمان على المال أو البدن. وفي النهاية نخلص إلى أن الضمان والكفالة والزعامة والحمالة كلها بمعنى واحد ، قال الماوردي : " غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع "(٤).

والكفالة نوعان :

---

(١) آل عمران الآية ٣٧ .

(٢) المصباح المنير ص ٢٠٥ .

(٣) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٦٦/٢ ، التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب ص ٤٤٤ ، ومغني المحتاج ١٩٨/٢ ، وكشاف القناع عن متن الإقناع ٣٧٤/٣.

(٤) الحاوي للماوردي ٤٣١/٦ .

الأولى : كفالة بالمال ، وذلك بأن يتكفل شخص بدين ثبت في ذمة إنسان ، فيلتزم الكفيل أداءه إذا لم يؤده من هو عليه في أجله ، ويطلق عليها الكفالة بالدين أو الضمان [١].

الثانية: كفالة بالنفس، وذلك بأن يتكفل إنسان بإحضار من لزمه حق ، من دين أو غيره كقصاص ، وتسمى كفالة النفس، أو كفالة البدن ، أو كفالة الوجه[٢].

وتنعقد الكفالة إما بصريح العبارة[٣]، كقوله : أنا كفيل أو أنا ضمين ، أو أنا زعيم ، أو قبيل ، أو حميل ، أوغيره من الألفاظ التي هي صريحة في المعنى.

وإما بالكناية :[٤] كقوله خل عن فلان ، أو الدين الذي عليه عندي ، أو دين فلان إليَّ ، أو ضمنت فلاناً[٥] .

وبالصيغ التي مضت تنعقد الكفالة صحيحة ، وبصحتها تجري الأحكام ، وتترتب الآثار كحق المطالبة ، فللمكفول له [٦] حق مطالبة

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ١٦٧/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، قوانين الأحكام الشرعية ٣٣٦ ، بداية المجتهد ٢٩٥/٢ ، مجمع الضمانات ، ص ٢٦٥ ، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ، عثمان أحمد النجدي الحنبلي ، ص ٣٥١ .

(٢) قوانين الأحكام الشرعية ٣٣٦ ، بداية المجتهد ٢٩٥/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٣/٢.

(٣) العبارة الصريحة، أو صريح العبارة ، أو صريح الكلام : اسم لكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال ، وحكمه ثبوت موجبه من غير حاجة إلى نية. انظر: التعريفات ص١٧٤ ، الكليات لأبي البقاء ص ٥٦٢ .

(٤) الكناية : هو الكلام الذي استتر المراد منه بالاستعمال وإن كان معناه ظاهراً في اللغة ، وسواء كان المراد به الحقيقة أم المجاز . انظر : التعريفات ص ٢٤٠ .

(٥) البدائع ٦/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٦/٢ ، فتح باب العناية بشرح النفاية ٤٩٥/٢ ، مجمع الضمانات ص ٢٦٦ .

(٦) الكفيل : هو الضامن الذي يلتزم بأداء المضمون ، أو إحضار الشخص المكفول .
المكفول له : هو مستحق الحق ، الذي يلتزم الكفيل بما التزم به حفظاً لحقه .
المكفول عنه : وهو المطالب بالحق من قبل المكفول له ، ويعبر عنه بالأصيل مقابل الكفيل .

الكفيل أو الأصيل معا؛ لأن الأصيل مازالت ذمته مشغولة بالدين ، والذي زاد أنه انضم إليها انشغال ذمة أخرى وهي ذمة الكفيل.

فالكفالة لا تعني سقوط ذمة الأصيل عن المطالبة بما عليه من الديون ، وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، قال الموصلي [١]: " وإذا صحت الكفالة فالمكفول له إن شاء طالب الكفيل وإن شاء طالب الأصيل"[٢]، وقال الإمام الشافعي : " وإذا ضمن رجل عن رجل حقاً ، فللمضمون له أن يأخذ من أيهما شاء"[٣] وبمثله ذهب ابن قدامة في المغني فقال : " ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"[٤].

واستدلوا لما قالوا : بأن الأصيل لا يبرأ من الدين بالضمان أو الكفالة ، ففي الحديث الذي رواه جابر ﷺ قال : توفي صاحب لنا فأتينا به النبي ﷺ ليصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال : " أعليه دين " قلنا: ديناران فانصرف فتحملها أبو قتادة فقال : " الديناران علي " ثم قال رسول الله ﷺ بعد ذلك بيوم : " ما فعل الديناران ؟" قال : إنما مات أمس ، ثم أعاد عليه بالغد قال : قد قضيتهما ، قال : " الآن بردت عليه جلدته "[٥].

ووجه الدلالة قول النبي ﷺ : " الآن بردت " فيه توجيه بعدم سقوط الدين عن الأصيل حتى يتم سداد ما عليه ، فالذمة تكون

.. المكفول به : هو الحق الذي وقع عليه الضمان والكفالة من دين أو غيره ، وهذه كلها تسمى أركان عقد الكفالة مع زيادة الصيغة .

(١) الموصلي هو : عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ، مجد الدين أبو الفضل ، فقيه حنفي ، ولد ٥٩٩هـ ، وتوفي سنة ٦٨٣هـ . انظر: الجواهر المضية ٢٩١/١، الأعلام ١٣٥/٤ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ١٦٩/٢ .

(٣) الأم للشافعي ٢٠٦/٨ ، وانظر : مغني المحتاج ٢٠٨/٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ٨٣/٥ .

(٥) تقدم تخريجه ص ١١٨.

مشغولة ولو بعد ضمان الضامن أو كفالة الكفيل ، ما لم يؤد الدين الذي عليه .

واستدلوا بأن الكفيل بمجرد صحة الكفالة انشغلت ذمته بالدين الذي على الأصيل ، بقول الرسول ﷺ : " الزعيم غارم"(١) والزعيم هو الكفيل ، فللمكفول له مطالبة الكفيل كما له مطالبة الأصيل .

وللمالكية في ذلك روايتان : الأولى ــ وهي الأظهر في مذهبهم ــ : أن صاحب الحق لـه مطالبة كل من الكفيل والأصيل ، وهو كقول الجمهور. والرواية الثانية : أن يأخذ من الغريم ــ أي : الأصيل ــ إلا إذا أفلس أو غاب فيأخذ من الضامن (٢).

فعلى الرواية الثانية لا يطالب الدائن الكفيل بالدين المكفول به إذا كان الأصيل حاضراً وموسراً، وإنما حق مطالبته يكون في حالة العسر أو غياب المدين ؛ لأن الأصل في الدين وجوبه على الأصيل، والكفيل لا ينتقل إليه إلا عند تعذر الاستيفاء من الأصيل، مثل الرهن.

وبعد أن عرفنا أن الكفالة تنعقد بلفظ صريح أو كناية ، وعلمنا أن مطالبة المكفول له تكون للكفيل والأصيل ، وهما سواء عند الجمهور ، فهل يصح العقد إذا شرط فيه براءة الأصيل من الدين؟(٣).

الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء : أن الكفالة إذا شرط فيها براءة الأصيل لم يصح العقد ، ويكون باطلاً ؛ للشرط الذي يخالف طبيعة عقد الكفالة ، من ضم ذمة الكفيل مع ذمة الأصيل ، فإذا شرط فيها

---

(١) رواه ابن ماجة في سننه ، كتاب الكفالة ، برقم (٢٤٠٥) ٨٠٤/٢ ط. دار الفكر . ورواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الضمان ، باب وجوب الحق بالضمان ، رقم (١١١٧٤)، ٧٢/٦ .

(٢) القوانين الفقهية ٣٣٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٤٩/٤.

(٣) ومعنى هذا أن صاحب الدين أو صاحب الحق ، ليس له أن يطالب الأصيل بالدين الذي عليه ، وإنما يطالب الكفيل الذي تكفل بسداد الدين أو تحمل وشغل ذمته مع الأصيل بما عليه .

براءة الأصيل فكأنَّ الدين الذي على الأصيل تحول إلى الكفيل وحده ، وصاحب الحق يطالبه دون الأصيل ، وهذا مما يجعل العقد باطلاً وغير صحيح ، والكفالة الصحيحة تعني شغل الذمتين ــ أي ذمة الأصيل وذمة الكفيل بالدين ــ وللمكفول له حق المطالبة باستيفاء وسداد دينه من الأصيل ومن الكفيل ، فإذا أبرئ الأصيل عن طريق المكفول له ــ أي : عن طريق عقد الكفالة الذي شرط فيه براءة الأصيل مما هو عليه ــ فهذا من مقتضيات بطلان العقد عند الجمهور.

فإذا بطل العقد أخذنا بقاعدة " إعمال الكلام أولى من إهماله " ؛ لأن الكلام صدر ممن تعتبر منه أهلية الانعقاد ، ولما توافر القصد على إبراء الأصيل ، عملنا بهذه القاعدة عن طريق القاعدة الأخرى التي سبق بيانها وهي: " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" ، فإذا جمعنا بينهما يتحول العقد من الكفالة إلى الحوالة، وهذا التحول ذهب إليه جمهور الفقهاء ؛ لأن القصد من شرط براءة الأصيل في العقد هو سقوط ما في ذمة الأصيل من مطالبة صاحب الحق ، وتحول المطالبة إلى الكفيل ، وهذا يكون عن طريق عقد الحوالة لا الكفالة ، فإذا جمعنا القاعدة الأولى من إعمال الكلام ، مع الثانية من اعتبار المقصد وعملنا بهما، يتحول العقد من الكفالة إلى الحوالة . فتنطبق عليه آثار عقد الحوالة ولا يطالب الأصيل ولا يرجع صاحب الحق عليه ؛ لأن الدين تحول عن الأصيل .

يقول الكاساني: " إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل فهي حوالة "(١).

وهذا ما جاءت به مجلة الأحكام في مادة ٦٤٨ : " لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى الحوالة " ويقول علي حيدر شارحاً لها " ويصبح الأصيل بريئاً من المكفول به وليس للطالب

---

(١) البدائع ٦/١٠.

مطالبة سوى الكفيل ، أي المحال عليه"[١]. وقال السيوطي[٢] في الإشباه والنظائر – عند ذكر أمثلة قاعدة العبرة للمقاصد والمعاني –: " إذا قال ضمنت مالك على فلان ، بشرط أنه بريء ففي قول أنه ضمان فاسد نظراً إلى اللفظ ، وفي قول حوالة بلفظ الضمان نظراً إلى المعنى"[٣].

ولا يوجد في الحقيقة مانع من الجمع بين القول الأول والثاني بأنها وقعت بداية كفالة فاسدة ثم تحولت إلى حوالة صحيحة.

ويقول الأستاذ الكبير عبد الرزاق السنهوري عن تحول عقد الكفالة إلى حوالة بشرط براءة الأصيل : " إذا قصد العاقدان إبرام عقد معين ، ولم يصح ، جاز في بعض الحالات أن يتحول العقد المقصود إلى عقد آخر ... ومن ذلك أن يشترط في عقد الكفالة براءة الأصيل فتتحول الكفالة إلى حوالة "[٤].

فنلاحظ أن الشارع لم يلغ الكلام ، وإنما عمل به ، وذلك عندما نظر إلى المقصود لا إلى الألفاظ ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على سعة الشريعة الغراء ، ومرونتها في التعامل مع البشر ، فهنا العقد الباطل الذي وصف بأنه " لم يصح " تحول إلى عقد آخر صحيح، فالتحول أثر من آثار العقد الباطل وهذا ليس على إطلاقه ، لأن التحول من الآثار الاستثنائية للعقد الباطل ، كما علمنا من قبل، ولا يمكننا جعل هذا الأثر المستثنى أصلاً في كل عقد بطل ، وإنما

---

(١) درر الحكام ٨٠١/١ وانظر شرح المجلة لسليم رستم باز ، ص ٣٧٤.

(٢) السيوطي هو : عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري ، السيوطي ، ت ٩١١هـ ، وله مؤلفات أكثر من أن تحصى منها : الأشباه والنظائر ، والحاوي الكبير ، الاتقان في علوم القرآن وغيرها ، حيث كان فقيها شافعيا ، محدثا مؤرخا . انظر : شذرات الذهب ٥١/٨.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١١٣/١ .

(٤) مصادر الحق للسنهوري ٢٦٩/٥ .

يعمل بالاستثناء إذا توافرت شروط عقد آخر يوافقه ، من توافر المقصد والصيغة التي تدل على ذلك . فعندها يتم التحول.

وعليه يمكننا استنتاج شروط تحول العقد الباطل ، بسبب الصيغة إلى صحيح بما يلي :

١ ـ بطلان العقد الأول للصيغة المخالفة له .

٢ ـ توافر نية من قبل أصحاب العقد على مضمون ما في العقد الثاني، مع وجود ما يدل على ذلك .

٣ ـ توافق أركان وشروط العقدين غالبا.

فبعد توافر هذه الشروط يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح . هذا والله أعلم .

المسألة الثانية : تحول عقد الحوالة إلى كفالة :

وهي الصورة الأخرى التي يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، وهى عكس المسألة الأولى التي مضت ، ففي الحوالة[١] إذا صحت انتقل الدين الذي على المحيل إلى المحال عليه وهذا عند الجمهور ، فيبرأ المحيل من الدين الذي عليه ، ولا يطالبه صاحب الحق ، وإنما يطالب المحال عليه .

فإذا شرط في العقد عدم براءة الأصيل ـ أي المحيل ـ وأنه مطالب بالحق مع المحال عليه ، فهذه لا تكون حوالة ولا تصح لمنافاة الشرط عقد الحوالة، فالحوالة معناها نقل ما في الذمة إلى ذمة أخرى، وهذا الشرط يقتضي ضم ما في الذمة إلى ذمة أخرى ، فتبطل الحوالة بوجود الشرط .

ولكن الفقهاء قالوا ببطلان العقد بالصورة السابقة ، إلا أنه يتحول إلى عقد أخر صحيح ، وهو عقد الكفالة ، لأنها بمعنى ضم

(١) الحوالة لغة : مشتقة من التحول بمعنى الانتقال ، يقال: تحول من مكانه أي: انتقل عنه ، وحولته تحويلا نقلته من موضع إلى موضع .
وشرعاً : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه عند الجمهور وأبي يوسف ، أما عند الحنفية فهي نقل المطالبة من ذمة إلى ذمة الملتزم .
فالمحيل : هو المدين الذي يحيل دائنه بدينه على غيره .
والمحال : هو الدائن الذي يحال بدينه ليستوفيه من غير مدينه ويقال له أيضاً المحتال أي طالب الإحالة .
والمحال عليه : هو الذي يلتزم بأداء الدين للمحال .
والمحال به : هو الدين أو الحق الذي يكون للمحال على المحيل ويحليه به على المحال عليه .
فإذا قال عمرو : أحلت زيدا بما كان له عليَّ على رجل ، فعمرو هو المحيل وزيد هو المحال والرجل هو المحال عليه ، والمحال به هو الدين .
انظر التعريفات ص١٢٦ ، ومجمع الضمانات ٢٨٢ ، وشرح الخرشي ١٧/٦ ، نهاية المحتاج ٤٢١/٤، كشاف القناع ٣٨٣/٣ .

الذمة إلى الذمة ، والصيغة إنما توافق الكفالة لا الحوالة ، فيتحول العقد من الحوالة إلى الكفالة عملا بالقاعدتين السابقتين .

قال صاحب الاختيار : "إذا شرط في الحوالة مطالبة المحيل تكون كفالة"[١].

ولهذا قال السيوطي في الأشباه والنظائر في قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني : " ومنها لو قال: أحلتك بشرط أن لا إبراء ففيه القولان "[٢]، وقال السنهوري:" ومن ذلك ـ أي من الأمور التي يتحول العقد من باطل إلى صحيح ـ أن يشترط في عقد الحوالة عدم براءة المحيل فتتحول الحوالة إلى كفالة"[٣]

وبهذا التحول تجري أحكام الكفالة لا الحوالة ، لأن التحول ليس فقط في المسمى ، وإنما في الآثار ، وفي الأحكام ، فينطبق على العقد السابق حكم الكفالة ، من مطالبة صاحب الحق بما له من الأصيل الذي عليه الدين ومن الكفيل ، وهذا بخلاف الحوالة . فلا يبرأ المدين الأصيل ؛ لأن العقد قد تحول من الحوالة إلى الكفالة.

---

(١) الاختيار ١٦٩/٢ .
(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ١١٣/١ .
(٣) مصادر الحق للسنهوري ٢٦٩/٥ .

المسألة الثالثة : تحول عقد المضاربة :

ومن المسائل أو الصور التي يتحول فيها العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، المضاربة :

وهي لغة[١]: مفاعلة [٢] من الفعل " ضارَبَ "، وأصل هذه المادة اللغوية الفعل " ضرب" وله معان عدة منها :

(١) السير في الأرض للسفر مطلقاً ، قال تعالى :﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاةِ﴾[٣].

(٢) السير في الأرض بغرض التجارة وابتغاء الرزق، كقوله تعالى: ﴿ وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾[٤].

(٣) ومن معانيها: الوصف والتبيين ، قال تعالى ﴿ ضَرَبَ اللهُ مَثَلاً﴾[٥] أي: وصف.

(٤) وقد يأتي الضرب بمعنى الكسب والطلب .

واشتقاق عقد المضاربة في الشرع من كل هذه المعاني تقريباً؛ لأن المضارب يسير في الأرض ويسافر غالباً لطلب التجارة والرزق والربح .

---

(١) كشاف اصطلاحات الفنون للموصلي ٩٧/٣ ، التعريفات ص٢٧٨ ، أنيس الفقهاء للشيخ قاسم القونوي ، تحقيق أحمد الكبيسي ص ٢٤٧ دار الوفاء ط ١٩٨٧ ، التوقيف على المهمات ص ٦٦٠ ، الكليات لأبي البقاء ص ٥٧٢ ، المطلع ص ٢٦١ .

(٢) المفاعلة : مصدرها " فاعَل" ، ولها معاني عدة منها : المشاركة ، أي تدل على أن الفعل حادث بين اثنين فصاعداً ، من الفاعل والمفعول معاً ، نحو قاتل زيد عمراً وهو المعنى الغالب . انظر: المعجم المفصل في علم الصرف ، إعداد الأستاذ راجي الأسمر ص ٣١٦ .

(٣) النساء ، الآية ١٠١ .

(٤) المزمل ، الآية ٢٠ .

(٥) النحل ، الآية ٧٥ .

وفي الاصطـلاح : المضاربـة والمقارضـة[١]، لفظـان مترادفـان عند الفقهـــاء ، ولكن أهل العراق من الحنفية والحنابلة [٢] اسـتعملوا الأول، بينمـا سـاد اسـتعمال الثـاني عنـد أهــل الحجـاز مـن المالكيـة والشافعية [٣].

والفقهاء فـي تعـاريفهم للمضاربـة يتفقـون فـي بعـض الأمـور ويختلفون في البعض الآخر . فذهب الحنفية إلى أن المضاربـة هـي : "عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الجـانب الآخـر"[٤] فالمشاركة عندهم في الربح ، لا في رأس المال ، لأن المال لصاحبـه، ولا في العمل؛ لأنه من جانب العامل ، ولكن هذا الربح يستحق بالمال من جانب ، وبالعمل من جانب آخر ، وإن كـان ينقص هذا التعريـف ذكر كيفية توزيع الأرباح ، وذلك حتى يكون التعريف شـاملاً جامعـاً، مع اتفاقهم على أن الربح يوزع بحسب الشرط أو النسبة المذكورة فـي العقد .

وعند المالكية : " توكيل علىتجر في نقد مضروب مسلم بجـزء من ربحه إن علم قدرهما ولو كان مغشوشاً " أو هي" تمكين مال لمـن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة "[٥].

---

(١) المقارضـة : مـن القـراض ، والقـراض مشـتق مـن القـرض ، وهـو القطـع ؛ لأن المالك إنما يقطع قطعة من ماله ليتجر فيهـا العـامل ويقطـع قطعـة مـن ربـح مالـه للعامل، وقد تكون مشتقة من المقارضة وهي المساواة، وذلك لتساويهما في الربـح أو لأن المال من المالك والعمل من العمال فتساويا وتوازيا . انظر: كفاية الأخيار ٢٧٨/١ ، مغني المحتاج ٣٠٩/٢ .

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٥٢/٥ ، كشاف القناع ٥٠٧/٣.

(٣) شرح حدود ابن عرفه للرصاع ٣٨٠/٢، حاشيتا قليوبي وعميرة ٥٢/٣.

(٤) التعريفـات فـي ص ٢٧٨، التوقيـف علـى مهمـات التعـاريف ص ٦٦٠ ، أنيـس الفقهاء ص ٢٤٧ ، كتاب السعيديات في أحكام المعاملات على مذهب الإمـام أبـي حنيفة ، لمحمد سعيد عبد الغفار ١١٣/٢ .

(٥) شرح حدود ابن عرفه للرصاع ٥٠٠/٢.

وقال الناظم محمد البشار [١] في أسهل المسالك :

قِرَاضُنا التوْكيلُ في تَجْرٍ لزِمْ   بالفعل في نقدٍ بمسكوكٍ عُلِمْ

بجزء ربحه وَعِلم المـــــال   ولا تُضَمِّنْ عَامِلاً بحــــال

ومعنى البيتين ، أن يقوم شخص كامل الأهلية بتوكيل غيره في التجر ـ أي: البيع والشراء ـ لحصول الربح ، وذلك في نقد من الذهب أو الفضة المسكوكتين ، أي المضروبتين من قبل الإمام ليتعامل بهما الناس [٢].

فالتعريف عندهم يحتوي على بعض الشروط ، مثل كون رأس المال من النقود ، وتسليمه للعامل وغيرهما .

والشافعية يعرفون المضاربة بقولهم : " أن يدفع المالك مالاً لشخص ليتجر به ، والربح مشترك بينهما "[٣].

وعرفها الحنابلة : " بأنها دفع مال ـ وما في معناه ـ معين معلوم قدره ، إلى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه " وقال ابن قدامة : "معناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه "[٤].

وبالنظر إلى هذه التعاريف نلاحظ ان بينها اتفاقاً واختلافاً، وسبب الاختلاف هو ضم بعض التعاريف شروط المضاربة الخاصة بها ، كتعريف المالكية لها .

ومن أسباب الاختلاف أيضا ذكر الشروط التي يقول بها البعض دون الآخر ، كشرط كون المضاربة في النشاط التجاري فقط ، أو

---

(١) أسهل المسالك ، محمد البشار وعليه شرح سراج السالك شرح أسهل المسالك ، السيد عثمان الجعلي المالكي ١٧٧/٢.

(٢) سراج السالك شرح أسهل المسالك ، السيد عثمان الجعلي المالكي ١٧٧/٢ .

(٣) شرح التنبيه للسيوطي ٤٦٧/١ .

(٤) المغني ١٣٥/٥ ، كشاف القناع ٥٠٧/٣ .

كون رأس المال من النقد الخالص أوالمضروب ، مما أخرج السلع والعروض من المضاربة [١].

ومع هذا نلاحظ اتفاق الفقهاء على ثلاثة شروط أساسية :

الشرط الأول : أن تكون المضاربة من طرفين .

الشرط الثاني : أن أحد الأطراف يكون منه المال ويكون من الأخر العمل.

الشرط الثالث : أن المضاربة يشترط فيها تقدير نسبة الربح الذي يشتركان فيه[٢].

والذي يهمنا من هذه الشروط ، الشرط الأخير ألا وهو الربح الناتج عن عمل العامل ، بالمال المعطى له من قبل الشريك الأول.

والربح هو النماء الحاصل أثر التجارة ، يقال: ربح في تجارته، إذا أفضل فيها ، وأربح فيها ، أى: صادف سوقاً ذات ربح [٣].

والربح يسند إلى التجارة [٤] مجازاً فيقال ربحت تجارته فهي رابحة . قال تعالى: ﴿ فَمَا رَبِحَتْ تِجَارَتُهُمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾[٥].

والربح الذي نتج من خلال تقليب العامل في التجارة ، له شروط حتى يتم العقد صحيحاً، وإذا فقدت هذه الشروط أو شرط منها فالعقد باطل ، وهذه الشروط هي :

---

(١) انظر المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية لمحمد عبد المنعم أبو زيد ص ٢١ ، ط. المعهد العالى للفكر الإسلامي . عقود الشركات دراسة فقهية مقارنة ، د. محمد عبيد الله عتيقي ص ١٠٨ ، ابن كثير ط. الأولى .

(٢) المضاربة وتطبيقاتها المعاصرة ، ص ٨٢.

(٣) القاموس المحيط ص ٢١٨ .

(٤) التجارة : هي تقليب المال بالبيع والشراء لغرض الربح . انظر: كشاف اصطلاحات الفنون ٢٢٢/١.

(٥) سورة البقرة الآية ١٦ .

الشرط الأول : علم كل من الطرفين نصيبه من الربح ، وذلك بأن ينص عليه العاقدان في العقد .

فلابد أن يتفق الطرفان في العقد على كيفية توزيع الأرباح عند ظهورها ، وإلا فسد العقد ، فلو قال صاحب المال : خذه مضاربة ، واعمل به ، ولك جزء من الربح أو نصيب منه ، فلا يصح ، وتكون مضاربة فاسدة عند الجمهور . قال الإمام النووي ــ عن شرط الربح ــ : " وكونه معلوما بالجزئية ، فلو قال: على أن لك فيه شركة أو نصيباً، فسد"[١].

ويرجع سبب الفساد إلى الجهل بقدر نصيب كل واحد منها من الربح ، والجهل بقدر الربح يؤدي في النهاية إلى الخصومة وإلى المنازعة عند توزيع الأرباح ، فالعامل ــ مثلاً ــ يتوقع أن يأخذ النصيب الأكبر منه ؛ لبذله جهداً كبيراً، فإذا لم يأخذ ما توقعه ، أدى إلى المنازعة، وهذا بخلاف ما إذا قال: خذ المال فاعمل به والربح بيننا ؛ لأنهما يشتركان في الربح ، فكأنه قال : الربح بيننا نصفان[٢].

الشرط الثاني للربح : أن يكون الربح مشتركاً بين المتعاقدين :

وهذا معناه : ألا يختص أحد العاقدين بالربح دون الآخر ، فإذا قال صاحب المال : قارضتك على أن الربح كله لك أو لي كله ، فهذه مقارضة فاسدة عند الجمهور .

الشرط الثالث : كون حصة العاقدين من الربح جزءاً مشاعاً :

وذلك كنصفه أو ثلثه أو غيره ، فلا يصح الاشتراط لأحدهما دراهم معلومة تضرب من الربح؛ لأنها تكون مضاربة فاسدة بالشرط؛ وذلك لجواز عدم ربح العامل إلا القدر المضروب له في العقد ،

---

(١) مغني المحتاج ٣١٣/٢.
(٢) بدائع الصنائع ٨٥/٦ ، مغني المحتاج ٣١٣/٢ .

فيكون الربح لأحدهما دون الآخر ، وهذا مما ينافي مقتضى عقد الشركة .

فإذا توافرت الشروط الخاصة بكل ركن من أركان المضاربة[١] صحت المضاربة ، وإذا صحت المضاربة انطبقت وترتبت عليها آثارها[٢] وأحكامها.

---

(١) أركان المضاربة : رأس المال ، الربح ،العمل ، الصيغة ، العاقدان .
ولكل واحد منهم له شروطه الخاصة به يجب توافرها :
فرأس المال شرطه :
١) أن يكون نقداً عند الجمهور .
٢) أن يكون معلوما .
٣) أن يكون معيناً ، أي : حاضراً عند العقد .
٤) أن يكون عيناً لا ديناً .
٥) تسليمه للعامل .
وشرط العمل :
١) كونه خاصاً بالعامل دون صاحب رأس المال عند الجمهور .
٢) عدم تضييق رب المال على العامل في العمل .
٣) ألا يخالف العمل ما يقتضيه عقد المضاربة .
وشروط الصيغة :
١) أن يكون الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليهما .
٢) أن تكون الصيغة منجزة .
٣) موافقة الإيجاب القبول .
وشروط العاقدين :
أهلية التوكيل .
انظر : عقود الشركات د. محمد عبيد الله عتيقي ، ص ١١٣ .
والمضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية لمحمد عبد المنعم أبو زيد ص ٢٦.

(٢) آثار المضاربة الصحيحة :
منها ما يرجع إلى المضارب وعلاقته برب المال ، ومنها ما يرجع إلى وظيفة رب المال من تسليم المال إلى العامل ، ومنها عمل المضارب فيه ، وما يحق له أن يعمله وما ليس من حقه عمله ، ومنها ما يرجع إلى ما يستحق المضارب بالعمل ، وما يستحقه رب المال بالمال . وللمزيد انظر : المراجع السابقة ، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٨/٦٩ .

ولكنه إذا وجد ثمت نقص في أحد الأركان أو الشروط ، فإن المضاربة تكون فاسدة ــ أي : باطلة ــ والحنفية في المضاربة لم يفرقوا بين الفاسد والباطل ، فالمضاربة عندهم إما صحيحة وإما فاسدة، قال الكاساني : " المضاربة لا تخلو إما أن تكون صحيحة أو فاسدة، ولكل واحد منها أحكام "[١].

فإذا شُرط في العقد شرط من الشروط الفاسدة ، أو فُقد شرط من شروط الصحة أو من الأركان ، فإن عقد المضاربة يكون فاسداً؛ لأن الشرط الفاسد إذا وجد فإنه يؤدي إلى جهالة في الربح ، والربح هو المعقود عليه ، وإذا جهل المعقود عليه ، فللفساد أقرب ، وفقد شرط الصحة أو الركن يجعل في العقد نقصاً مما يؤدي إلى جهالة مفضية إلى النزاع ، فتفسد المضاربة.

وإذا فسدت المضاربة فإن لها آثاراً تترتب على فسادها ، ومن هذه الاثار التحول، فالمضاربة الفاسدة إما أن تتحول إلى إجارة فاسدة، وإما إلى قرض ، وإما إلى ابضاع ، وإما إلى غصب ، وليس كل عقد فاسد يتحول إلى ما قلنا وانما الفساد المراد ـ والذي تترتب عليه آثاره من التحول ـ هو الذي وجد فيه الجهد من العامل ، ووجد في مقابله المال من صاحبه ، فالفساد الحاصل والذي يترتب عليه الأثر إنما يكون بعد الاستمرار لا في الابتداء .

قال صاحب التعريفات عند تعريف المضاربة : " عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر ، وهي إيداع أولاً ، وتوكيل عند العمل ، وشركة إن ربح ، وغصب إن خالف ، وبضاعة إن شرط كل الربح للمالك ، وقرض إن اشترط للمضارب الربح "[٢].

---

(١) البدائع ٦/٨٦ .

(٢) التعريفات للجرجاني ص ٢٧٨.

ـ تحول المضاربة إلى إجارة أو إبضاع أو قرض:

ذكرنا فيما مضى أن سبب فساد المضاربة يرجع إما إلى فقد المضاربة أحد الشروط أو الأركان ، مما أثر هذا الفقد أو النقصان على صحة عقد المضاربة فجعلها فاسدة ـ أي : باطلة ـ وإما سبب يرجع إلى وجود شرط مخالف لمقتضى المضاربة ، غير مصحح لها ومؤثر في فسادها .

فالفساد في المضاربة يرجع لسببين : الأول خلو العقد من الشروط أو الأركان ، فهو سبب عدمي، أي: لعدم تكامل الشروط أو الأركان ، والسبب الثاني : وجود شرط مخالف للعقد ، وهذا سبب وجودي ، أي: لوجود ما يخالف صحة العقد .ولكل منهما آثار خاصة مختلفة عن الآخر ، تترتب عليهما ، وجوداً وعدماً، وأيضاً لكل منهما تحولٌ خاص يختلف عن الآخر ، وسنتناول ذلك فيما يلي:

السبب الأول : **فقد شرط أو ركن من عقد المضاربة :**

أحب التنويه أولاً بأن هذه المسألة من التحول ليست تحت المطلب المبحوث فيه ؛ لأن المبحث هو التحول بسبب الصيغة، وهذه المسألة التحول بسبب فقد شرط أو ركن ، ولكننا نذكرها هنا تبعاً للمضاربة من تحول عقدها إلى عقد آخر . فإن المضاربة إذا فقدت شرطاً أو ركناً تكون باطلة ، وتتحول إلى إجارة وتنطبق عليها أحكام الإجارة لا المضاربة .

وقد ذهب الجمهور ـ الحنفية والشافعية والحنابلة ـ إلى أنه متى كانت المضاربة باطلة تحولت إلى إجارة ، وترتبت عليها آثار الإجارة، قال صاحب الاختيار : " وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة "(١) ؛ وقال الماوردي من الشافعية : " إذا كان القراض فاسداً ..

---

(١) الاختيار ٢٠/٣ ، وانظر البناية شرح الهداية ٦٠/٩ ، مجمع الضمانات ص ٣٠٣ .

كان جميع الربح لرب المال والخسران عليه، وللعامل أجـرة مثلـه"[١]، وقال النووي : " وإذا فسد القراض نفذ تصرف العامل، والربح للمالك وعليه أجرة مثل عمله "[٢]، وذكر البهوتي[٣] ـ شارح الإقنـاع ـ عن المضاربة الفاسدة أن الربح كله لرب المال والوضيعة عليه أو للعامل أجر مثله [٤].

وبعد التحول إلى إجارة ، تنطبق عليها آثارها، ومن هذه الآثار:

الأثر الأول : أن صاحب المال يأخذ الربح ويتحمل الخسارة.

إذا عمل العامل في المضاربة الفاسدة ، ونتج عن عملـه ربـح ، فإن المضاربة الفاسدة تتحول إلى إجارة ، وفـي الإجـارة يكـون المـال لربه ـ أي لصاحبه ـ وليس للعامل شـيء مـن المـال ولا مـن الربـح؛ وذلـك لأن المـال ملـك لصاحبـه ، ولـم يخـرج عن ملكـه ، فالمـال لـه وعوائده وزوائده له كذلك ، وليس للعامل أي شـيء مـن الربـح ؛ لأن العامل إنما يستحق الربح إذا شرط لـه نسبـة معينـة مـن الربـح ، فـإذا بطلت المضاربـة بطـل الشـرط معهـا، كمـا أن الخسـارة التـي تحصـل تكون على صاحب المال[٥] .

---

(١) الحاوي ٣١٥/٧ ، وانظر الإقناع للماوردي ص ١١٠.

(٢) المنهاج مـع شرحه مغنـي المحتـاج ٣٠٥/٢ ، وانظـر شـرح التنبيـه للسـيوطي ٤٦٨/١ .

(٣) البهوتي : هو منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريـس البهوتـي ، من فقهاء الحنابلة بمصر ، ت ١٠٥١هـ ، ولـه مؤلفـات منهـا : الـروض المربـع بشرح زاد المستقنع ، وكتـاب كشـاف القنـاع عن متن الإقنـاع . انظـر: الاعـلام ٣٠٤/٧.

(٤) كشاف القناع ٥٠٨/٣ .

(٥) درر الحكام ٤٥٧/٣ ، شـرح المجلـة لرسـتم ٧٥٦ ، مجمـع الضمانـات ٣١١ ، السعيديات ١١٣/٢، البدائع ٨١/٦ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٨/٣٨ .

الأثر الثاني : أن العامل يأخذ أجرة المثل .

أن العامل عندما عمل كان طامعا في الربح ، ولم يكن عاملا بدون مقابل ، واستحقاقه من الربح إنما يكون بالعقد الصحيح، والعقد هنا فاسد وملغى ولا عبرة بما فيه ، فعليه لا يستحق شيئاً ، فإذا لم يستحق شينا من الربح ، وتحولت المضاربة إلى إجارة فإن العمل في الإجارة الفاسدة يقابل بأجرة المثل[١] ، وتعطي له أجرة المثل سواء وجد الربح أو لم يوجد أو وجدت خسارة ؛ وذلك لأنه عندما تحولت المضاربة إلى إجارة صار المضارب أجيراً والأجير له أجر عمله . وقولنا: إن المضاربة الفاسدة تتحول إلىأجرة فاسدة ؛ لأن الإجارة لابد فيها من ذكر قيمة العمل الذي يتفق عليه العاقدان، فإذا لم تذكر قيمة العمل كانت أجرة فاسدة،وإذا فسدت الأجرة وعمل الأجير فإنه يستحق أجرة عمل مثله، فنقدر كم يستحق هذا العمل عادة عند مثله ونعطيه .

وفي المضاربة الفاسدة إذا تحولت إلى إجارة ، يأخذ العامل أجر المثل سواء ذكر في العقد قيمة معينة أو لم يذكر ؛ لأن العقد فاسد ، واستحقاق ما في العقد من الأجرة إنما يكون بالعقد الصحيح لا الفاسد. فيستحق العامل أجرة المثل لوجود العمل من قبله، قال شارح المجلة علي حيدر : " وإنما كانت الإجارة فاسدة لعدم وجود العقد الصحيح المفيد للأجرة "[٢]. وهذا لا مشكلة فيه لأنه يمكن تقديره بأجرة المثل ، فيرتفع ويزول الوصف بأنها فاسدة .

وذهب أبو يوسف من الحنفية [٣] ، إلى أن العامل يستحق أجرة المثل بشرطين :

---

(١) أجرة المثل : هو الأجر الذي يقدره أهل الخبرة السالمين من الغرض ز مجلة الأحكام مادة ٤١٤.

(٢) درر الحكام ٤٥٧/٣ .

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٣/٢٢ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٥٦/٥، ومجمع الضمانات للبغدادي ص ٣٢١.

الأول : أن يوجد ربح في المضاربة الفاسدة .

والثاني : ألا تتجاوز أجرة المثل المقدار المتفق عليه في العقد .

فعلى رأي أبي يوسف إذا تخلف الشرط الأول بأن لم يربح العامل لم يستحق أجرة المثل ولا شيء له .

وهذا ما رجحته مجلة الأحكام حيث جاء في مادة ١٤٢٦ "ويكون المضارب بمنزلة أجير المثل ، لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد ولا يستحق أجر المثل أيضاً إن لم يكن ربح "[١].

أما المالكية فالعامل في المضاربة الفاسدة إما أن يستحق أجرة المثل أو قراض المثل[٢]، وتقدير الاستحقاق على حسب الأحوال والصور ، فقد يأخذ أجرة المثل في صور وهي التي يتحول بها العقد إلى الإجارة ، وقد يستحق قرض المثل في صور وحالات أخرى .

وهناك فرق بين أجرة المثل وقراض المثل من نواحي :

١) قراض المثل متعلق بالربح ، فإن وجد الربح استحق العامل قراض المثل، وإن لم يوجد لا شيء له ، بخلاف أجرة المثل فإنها متى وجد العمل تعلقت أجرة المثل في الذمة ، فلا علاقة لها بالربح وجوداً أو عدماً .

٢) أن قراض المثل يفسخ قبل العمل ، ويفوت بالعمل ، وما فيه أجرة المثل يفسخ متى اطلع عليه ، وله أجرة ما عمل .

---

(١) شرح المجلة ، رستم ص ٧٥٦ .

(٢) قراض المثل : هو جزء من الربح يساوي ما يؤخذ عادة في مثل رأس المال المضارب به ، ويقدره أهل الخبرة دون النظر إلى الجزء المتفق عليه في العقد . انظر عقود الشركات محمد عتيق ١٨١ ، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية . د. عبد الستار أبو غدة ، ص٢٢٦، نشر بيت التمويل الكويتي .

٣) أن العامل يكون أحق الغرماء إذا كان له مضاربة المثل، ويكون أسوتهم إذا كان له أجرة المثل[١].

هذا ما يتعلق بالفرق بينهما ، والمعتمد عند المالكية أن للمضارب قراض المثل في مسائل محدودة ، هذا وقد قام الشيخ على الخفيف بذكر وعد سبعة من الأحوال التي يجب فيها قراض المثل ، وذكر أنه تجب أجرة المثل فيما عداها من الصور [٢].

الترجيح في مسألة استحقاق الربح وعدمه، حالة فساد المضاربة وتحولها إلى إجارة :

للترجيح في المسألة علينا ننظر إليها من حيث: الربح والخسران ، وتعلقهما بصاحب المال والعامل؛ لأنه عند النظر للربح أو الخسارة يجب أن نراعي جانب صاحب المال وجانب العامل :

الجانب الأول : صاحب المال ، بعد فساد الشركة وتحولها إلى إجارة فإن المال يعود لصاحب المال ، وفي هذه الحالة إما أن يوجد ربح أو خسارة ، فإذا وجد ربح ، فمن المعلوم أن الربح كله له ؛ لأن الربح عائد المال ، والمال له ، فإذا عاد المال له ومعه الربح فقد ربح أمرين : الأول: المال ، والثاني: عوائد المال من الربح .

أما إذا خسر صاحب المال ، فإنه في هذه الحالة قد خسر أمرين كذلك: الأول: المال كله أو جزءاً منه ، والأمر الثاني الذي خسره: عوائد المال من الربح ، فهي خسارة كذلك ؛ لأنه كان يتوقع حصول الربح من خلال الشركة . ففي حالة الربح يربح أمرين وإذا خسر يخسر أمرين .

الجانب الثاني الذي ننظر إليه : صاحب العمل ـ أي: العامل .

---

(١) التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي ٤٠٩/٢ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٢٨٨ ، بداية المجتهد ٢٤٣/٢ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٦٠/٣٨.

(٢) للمزيد ينظر أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ، ص ٤٩٥ .

فإذا حصل ربح فالعامل حالة فساد المضاربة يكون بمثابة الأجير ، ويستحق أجرة مثل عمله ، بحيث نراعي ألا يتجاوز ما رضي به في عقد المضاربة ، كما ذهب إليه أبو يوسف وما رجحته المجلة .

وفي حالة الخسارة ، فلا يستحق شيئاً؛ لأنه قد خسر جهده وكذلك الربح المتوقع حصوله ، فتساوي صاحب المال مع صاحب العمل في حالة الخسارة ، فلا يستحق العامل أجرة المثل ، ولو أوجبنا أجرة المثل للعامل على صاحب المال في حالة الخسارة فإن صاحب المال تكون خسارته مضاعفة ، لأنه يخسر في هذه الحالة ثلاثة أمور: الأول : المال ، والثاني: الربح ، والثالث: ضمان أجرة مثل عمل العامل ، وفي المقابل نلاحظ أن العامل لم يخسر ، حتى جهده ؛ لأن جهده قوبل بأجرة المثل.

فالراجح هو: أنه إذا خسر صاحب المال فلا يستحق العامل أجرة المثل ، وأن المضاربة عند فسادها تتحول إلى إجارة وقت وجود الربح ، ويستحق العامل أجرة عمل مثله ، فعند حصول الربح فإن المال يقابله جهد العامل ، لأن الأول بذل المال ، والثاني بذل الجهد فتساويا ، وأما ربح المال فيقابله استحقاق أجرة المثل؛ لأن الربح زيادة علىالمال وأجرة المثل كذلك زيادة على الجهد المبذول فتساويا.

وعند حصول الخسارة ، فإن نقص المال يقابله جهد العامل ؛ لأن الأول خسر المال والثاني خسر الجهد ، وعدم الربح يقابله سقوط أجرة المثل، فتساويا في كلتا الحالتين وكل واحد يقابل الآخر بما يساويه .

أما قولهم: إن العامل يستحق أجرة المثل عند الخسارة ؛ لأنه عند دخوله كان طامعاً في الربح ، فنقول لهم : كذلك كان صاحب

المال عند دخوله في المضاربة طامعا في الربح وفي رجوع ماله . والله أعلم.

السبب الثاني لفساد المضاربة : وجود شرط مخالف لمقتضى العقد.

طبيعة عقد المضاربة أن يشترك فيه اثنان : المال من أحدهما، والعمل من الآخر ، ويتفقان على نسبة معينة من الربح توزع بينهما على حسب الاتفاق . هذا على الإجمال ، ولكنه قد يكون العقد مخالفا لطبيعته لوجود شرط في العقد يؤدي إلى فساده.

فلو شرط صاحب المال أن يكون الربح كله له ، أو اشترط العامل ذلك فإن هذين الشرطين مفسدان للمضاربة ، ولكنها تتحول بالصيغة الأولى إلى ابضاع [١]، وتتحول بالصيغة الثانية إلى قرض.

وسبب التحول أنه إذا نظرنا للقاعدة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني"، لا للألفاظ والمعاني ، فالصيغة التي وجد فيها إحدى هذه الشروط لا يمكن حملها على عقد المضاربة ، وبالعمل بالقاعدتين ، الأولى : "اعمال الكلام أولى من إهماله" وبالقاعدة الثانية: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني" ، كان لابد من تحول المضاربة إلى ابضاع بالشرط الأول ، وإلى قرض بوجود الشرط الثاني .

قال صاحب الهداية : " الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا "[٢]. وقال

(١) الإبضاع لغة : جعل الشيء بضاعة ، والبضاعة ما يتجر فيه ، والقطعة من المال واليسير منه، وأصلها من البضع ، وهو القطع ، وأبضعه بضاعة : أعطاه شيئاً ، وابتضع منه : أخذ .
واصطلاحا : هو بعث المال مع من يتجر فيه متبرعا، أو دفع مال لمن يشتري به بضاعة من بلد بدون جعل . انظر القاموس المحيط ص ٧٠٣، ط. الرسالة ، مغني المحتاج ٣١٢/٢ .

(٢) البناية شرح الهداية ٥٧/٩ ، وانظر الاختيار ٢٠/٣، فتح باب العناية بشرح النقاية ٥٣٨/٢ .

السنهوري: " فلو شرط كل الربح للمضارب كان العقد قرضاً ، ولو شرط كل الربح لرب المال كان العقد بضاعة"[١].

فتحول عقد المضاربة الذي فسد لوجود شرط مخالف لمقتضى العقد نوعان:

الأول : تحول المضاربة إلى إبضاع .

الثاني: تحول المضاربة إلى قرض . والله أعلم .

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ٥/٢٦٩ .

الفصل الثاني

تحول العقد الفاسد إلى الصحيح

تمهيـــد .

المبحث الأول : أسباب فساد العقد .

المبحث الثاني : اثار العقد الفاسد .

تمهيـــــد :

مـرت معنـا تعريفـات للعقـد الفاسـد ، وقلنـــا: إن الراجــح منهـا التعريف القائل بأن الفاسد هو : " اختلال في العقد المخـالف لنظامـه الشرعي ، من ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ " .

وبيّنـا أن الخلـل الموجـود فـي العقـد الفاسـد ليـس فـي ركنـــه أو مقوماته ، وإنما الخلل وجد في وصف نهى الشـارع عنـه [١]، والخلـل الحاصل لم يعط العقد صفة الباطل، من عدم ترتب الأثر الشرعي لـه، وكذلك لم يعط الخلل العقد صفة العقد الصحيح من سريان آثـاره علـى العاقدين .

وعليه كان الفاسد مرتبـة بيـن الصحيـح الموجـب لاستمراره ؛ لأنه قد استوفى أركانــه فهو منعقد ، وبيـن البـاطل الموجـب لانتهائـه وعدم اعتباره .

وينبني على أن العقد مرتبة بين الباطل والصحيح : أن يتحول ، فتارة يتحول إلـى البـاطل وهو إليـه أقـرب؛ لأن الخلـل مؤثـر قـوي ، فجعله للباطل أقرب؛ولأن العقد الفاسد يجب فسخه من قبـل العـاقدين، وذلك للنهي الموجود فيه[٢]. وتارة يتحول إلـى الصحيـح ؛ وذلـك عن طريق استكمال أركانه وزوال المفسد ، وتـارة تتحـول ملكيـة المعقـود عليـه لأسـباب خاصـة . وحتـى نعرف ونـدرس العقد الفاسـد وكيفيـة تحوله ، لابد لنا من معرفة الأسباب التى جعلته يتصف بالفساد .

---

(١) انظر : مرشد الحيران ، قدري باشا ، مادة ٤٣٣ ص ١١٠.

(٢) مصادر الحق للسنهوري ٤/١٤٦ وما بعدها .

المبحث الأول

أسباب فساد العقود

- السبب الأول : الجهالة .
- السبب الثاني : الغرر .
- السبب الثالث : الإكراه .
- السبب الرابع : الشروط الفاسدة .
- السبب الخامس : سبب الضرر .

أسباب فساد العقد :

أسباب الفساد كثيرة ومتعددة ، فمن الفقهاء من جعل أسباب الفساد على نوعين :

أ ـ أسباب عامة : بأن يخالفَ العقدُ نظامه الشرعي من ناحية فرعية متممة له.

يقول الزرقا : " وهذا السبب العام يبرز في العقود بصورة عديدة، يمسك بها الفقهاء ويحددونها في كل عقد ، فتعتبر هي السبب المباشر في فساده "(١).

ب ـ وأسباب خاصة : وهي أسباب خاصة في كل عقد دون الآخر ، فمتى اختل سبب من أسباب الصحة الخاصة بالعقد، فسد العقد(٢).

ومن الفقهاء من جعل كل مسألة وكل صورة جاءت مخالفة لشرائط صحة العقد سبباً في فساده (٣).

والذي يخصنا في هذا البحث الأسباب العامة ؛ لأنها تنطبق على كل عقد .

وأسباب الفساد العامة قد تكون :

ـ بسبب الجهالة .
ـ بسبب الغرر .
ـ بسبب الإكراه .
ـ بسبب الشروط الفاسدة .
ـ بسبب الضرر .

---

(١) المدخل الفقهي العام ٧٤١/٢ .
(٢) البحر الرائق ٤٣٦/٥ .
(٣) انظر : نظرية العقد ، د. محمد أحمد سراج ص ١٦٦ ، والموسوعة الفقهية الكويتية ١٠٠/٩.

السبب الأول لفساد العقد : الجهالة [١]:

والمراد بالجهالة هنا الجهالة المؤدية إلى نزاع بين الأطراف ؛ وذلك لشدة الجهالة وفحشها في العقد . مما جعلت المتعاقدين يتنازعان عند ترتب آثار العقد .

ولما كان الشرع حريصاً كل الحرص على فض النزاع القائم بين المتعاقدين، فمن باب أولى أن يمنع وقوعه ابتداءً ، ولذلك نهى الشرع عن كل تعامل ينتهي بالمتعاقدين إلى النزاع ، واشترط لصحة العقد أن يكون الثمن والمثمن معلومين ومعروفين في عقد البيع لدى المتعاقدين ، وكذا يقال في كل عقد فيه عوض ومعوض عنه ، أو معقود ومعقود عليه .

فلو كان أحدهما مجهولاً جهالة تؤدي إلى نزاع ، فسد العقد ، وذلك كما لو قال البائع: بعتك شاة من الغنم ، أو بعتك إلى أجل ، ولم يحدد المدة ، أو حدد مدة غير معلومة الحدوث كقدوم زيد ، أو تعاقدا على أجرة غير معلومة .

---

(١) الجهالة لغة : من الجهل ، وهو ضد العلم ، ويكون بسيطاً ومركباً ، فالبسيط هو: عدم العلم عما من شأنه أن يكون معلوما ، والمركب : اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه .
والفقهاء يستعملون لفظ الجهالة فيما إذا كان عيب يعترى أحد شروط الصحة للعقد، وذلك كعدم العلم بالمعقود عليه ثمناً وسلعة ، وهو :
ـ يوجب فساد العقد أو بطلانه .
ـ ويفضي إلى غرر فاحش .
ـ ويؤدي إلى نزاع بين الأطراف .
وهي التي يطلق عليها الفقهاء : الجهالة الفاحشة ؛ لأنها تفضي إلى نزاع مشكل، والنزاع المشكل هو الذي يتعذر حسمه لتساوي حجة الطرفين فيه استناداً إلى تلك الجهالة .
انظر : المصباح المنير ص ٤٤ ، مختار الصحاح ص ٤٩ ، الكليات لأبي البقاء ص ٣٢٠، التعريفات ص ١٠٨ ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد ص ١٣٩، دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية ص ١٠٠ لبيت التمويل الكويتى ، المدخل الفقهي العام ٢/٧٤٢.

فهذه الصور كلها تؤدى إلى جهالة فاحشة مما تفضي في النهاية إلى نزاع بين المتعاقدين .

ففي الصورة الأولى: قد يأخذ المشتري أفضل شاة في الغنم ، والبائع في الوقت نفسه يريد إعطاءه الشاة الرديئة ؛ لأن كل واحد منهما لم يُعَيّن الشاة المعقود عليها ، فتحصل المنازعة .

وفي صورة بيع الأجل : فإن الأجل المضروب فيه جهالة فاحشة من عدم تحديد وقت معين يتم فيه تسليم المبلغ ؛ فقدوم زيد وإن كان له وقت ، إلا أنه غير معلوم وغير محدد ، فزيد قد يأتي بعد قليل وقد يتأخر وقد لا يأتي أبداً ، فكلها احتمالات، تؤدي إلى نزاع بين المتعاقدين كما لو لم يحدد مدة أصلاً .

وكذلك يحدث في عقد الإجارة إذ لم يتم تحديد أجرة معلومة[١].

فهذه الصور وغيرها مما لا يتسامح الناس بالجهالة فيها ، ومما تتعلق الجهالة فيها بالأوصاف الأساسية والرئيسة والجوهرية ، فوجودها سبب لفساد العقد عند الحنفية ، بخلاف الجمهور الذين يجعلون العقد بها باطلاً .

وسبب تقييد الجهالة بالفاحشة: أن العلماء يتساهلون ويتسامحون بالجهالة اليسيرة ، أي بالجهالة التي لا تؤدي في النهاية إلى نزاع مشكل بين الأطراف ، فوجودها لا يضر بالعقد ، وهذه الجهالة مما لا تنفك عن العقد عادة ، ولا يمكننا تجنبها ، ولهذا يتسامح الفقهاء بعدم إبطال أو إفساد العقد بوجودها ؛ وذلك لكثرة تعامل الناس مع الرضا بها ، فكانت مما يتسامح الناس بها.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٧٤٢/٢ ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية د. عبد الكريم زيدان ص ٢٥٨ ، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٤٤ .

ومثال الجهالة اليسيرة : ما لو باع إنسان كل ما في الصندوق أو البيت دون النظر إلى أساسه ، وكذلك إجارة الدار شهراً مع احتمال زيادة الشهر أو نقصه .

فهذه الأمور وغيرها مما يتسامح الناس بها عادة ، ولهذا لا يفسد العقد بها[1].

وقد اتفق الفقهاء على تأثير الجهالة الفاحشة بالعقد ، فسادا أو بطلانا ، في عقود المعاوضات خاصة ، كالبيع والإجارة وغيرها .

ولكنهم اختلفوا في تأثير الجهالة بعقود التبرعات ، فذهب الحنفية والمالكية إلى عدم تأثيرها في عقود التبرعات ؛ لأنها من باب التبرعات والإحسان وذهب الشافعية إلى أن الجهالة مبطلة للعقد ومؤثرة فيه [2].

والجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى نزاع بين الأطراف، وتجعل العقد فاسداً عند الحنفية وباطلا عند غيرهم ، أربعة أنواع[3]:

النوع الأول:الجهالة المتعلقة بالمعقود عليه ، أي: محل العقد [4]:

ولمحل العقد شروط كثيرة ، ذكرها الفقهاء في كتبهم ، إلا أن من أهم الشروط التي لابد من توافرها في المعقود عليه : أن يكون المعقود عليه معلوما لدى العاقدين ، فلو كان مجهولا جهالة تفضي إلى النزاع لكان العقد فاسدا .

---

(١) نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق ، أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٤٤ دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٨م، وانظر كذلك الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧٤/١٦.

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، الأستاذ على الخفيف ص ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، د. عبد الكريم زيدان . ص ٢٥٨.

(٣) المدخل الفقهى العام ، للزرقا ٧٤٣/٢.

(٤) محل العقد أو المعقود عليه : هو ما وقع عليه العقد ، ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه . انظر : ضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ، ص ٢١٦ .

ولهذا جاء في شرح المجلة : " فبيع المال المجهول الذي يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين فاسد ، كبيع شاة غير معينة من قطيع غنم"[١]. وهكذا في جميع عقود المعاوضات .

النوع الثاني: جهالة العوض:

يجب معرفة العوض في العقد ، وقد جاءت مادة ٢٣٨ من المجلة بقولها : " يلزم أن يكون الثمن معلوماً "؛ لأن جهالة الثمن في البيع؛ تفسده ، وكذلك في باقي عقود المعاوضات .

النوع الثالث : جهالة الأجل :

إذا كان العقد مما يقبل التأجيل ، كالإجارة، والمزارعة، والمساقاة ، والكفالة، والوكالة، وغيرهما ، وضرب فيه أجل مجهول أو أجل غير محدد بوقت أو زمن ؛ فإن العقد يكون فاسداً عند الحنفية وباطلاً عند الجمهور .

كما لو أجر إنسان دابة ولم يحدد المدة ؛ فإن الجهالة مفسدة للعقد .

فقد اتفق الفقهاء على عدم جواز التأجيل في العقود القابلة لذلك إلى وقت لا يعلم وقوعه ، أو إلى وقت محدد بزمن لا ينضبط .

النوع الرابع : جهالة وسائل التوثيق،[٢] المشروطة في العقد:

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٧٨/١ ، ومرآة المجلة ليوسف آصف ٨٢/١.

(٢) التوثيق لغة : من وثق الشيء إذا أحكمه وثبته ، فهو وثيق أي ثابت ومحكم ، وأوثقته جعلته وثيقاً .
وفي الاصطلاح : مقارب للمعنى اللغوي؛ لأن كل ما يطلب من إثبات الحقوق وإحكامها يكون توثيقاً لها . والنصوص التي جاءت لبيان جواز التوثيق كثيرة فمنها ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمنوا إذا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمىً فَاكْتُبُوهُ ، وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾ البقرة : آية ٢٨٢ ، ومنها قوله ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِير وأنا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ يوسف: آية ٧٢ .

=

العقود أو التصرفات تحتاج أحياناً إلى التوثيق؛ صيانة للأموال من الإضاعة ، ولحفظ حقوق الناس وقطع المنازعات والخصومات التي تحصل بسبب عدم التوثيق، ولذلك شرعت وسائل توثيق العقود لحفظها من الضياع والتلف .

وطرق التوثيق في الشريعة الإسلامية كثيرة ومتعددة ، فمن التوثيق ما يكون بغير عقد، مثل الكتابة والإشهاد .

ومنها ما يكون بعقد، كتوثيق عقد البيع بالرهن أو الضمان والكفالة وغيرها.

فالرهن أو الكفالة إذا شرطا في البيع، أو في غيره من التصرفات التي شرع لها توثيق ، فلابد لصحة العقد من تعيين الشيء المرهون أو المكفول ، والجهالة به أو بأحد أطرافه ـ بأن لم يعين أو يحدد ـ تجعل العقد من بيع أو غيره فاسداً عند الحنفية[1]؛ لأن عدم التعيين يفضي ـ غالباً ـ إلى جهالة فاحشة ، تؤدي إلى نزاع بين أطراف العقد ، فعليه فسد عقد التوثيق ، وإذا اتفق العاقدان في عقد البيع مثلاً على شرط معين قد أجازه الشرع ورغَّب فيه ، فلابد من توافره وتطبيقه من قبل العاقدين ؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه به ، والعقد لا يصح إلا بعد استكمال الشرط المتفق عليه في العقد.

ولذا يقال في عقد التوثيق ـ كالرهن إذا شرط في البيع ـ : لكي يتم العقد ويصح ، ويسلم من الفساد ، على العاقدين توفير الرهن.

= انظر المصباح المنير ص ٢٤٨ ، دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي ص ٨٥ ، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، د. نزيه حماد ص ١٢٧.

(١) انظر البدائع للكاساني ٦/٥ ، وانظر مادة ٧٠٩ من مجلة الأحكام العدلية ، والمدخل الفقهي العام ٧٤٣/٢ .

وإذا وجد خلل في الرهن للجهالة به ولعدم التعيين، فسد الرهن، وعليه يفسد البيع لعدم استكمال شرط من الشروط المتفق عليها ، وفقد الشرط وصف مؤثر في فساد العقد ، ففسد البيع لفساد شرطه ، وعليه إذا فسد عقد التوثيق المشروط في عقد البيع ، أدى إلى فساد البيع ؛ وذلك لفساد شرط من شروطه .

السبب الثاني من أسباب فساد العقد: الغرر [1]:

الغرر لغة [2]: الخطر والخدعة ، وهو اسم مصدر من التغرير،

---

(١) قد يسأل سائل : تطرقنا للجهالة ، في السبب الأول لفساد العقد ، فما الفرق بينها وبين الغرر ؟ لقد فرق العلماء بين الجهالة والغرر ، ومنهم القرافي في الفروق — عندما جاء للفرق الثالث والتسعين والمائة — فقال : أصل الغرر هو الذي لا يدرى هل يحصل أم لا ؟
كالطير في الهواء ، والسمك في الماء .
أما ما علم حصوله وجهلت صفته فهو المجهول ، كبيع ما في كمه ، فهو يحصل قطعا لكن لا يدري أي شيء هو ؟
فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه ، أما وجود الغرر بدون الجهالة، فكشراء الحيوان الناد معلوم الصفة قبل أن يشرد ، لا جهالة فيه، وهو غرر ؛ لأنه لا يدري هل يحصل أم لا ؟
ووجود الجهالة بدون الغرر : كشراء حجر يراه ، لا يدري أزجاج هو أم ياقوت؟ مشاهدته تقتضي القطع بحصوله ، فلا غرر ، وعدم معرفته يقتضي الجهالة به .
وأما اجتماع الغرر والجهالة الحيوان الناد المجهول الصفة ، وإلى مثل هذا ذهب ابن تيمية في كتابه نظرية العقد .
وقد خالف د. الصديق الضرير ذلك حيث ذهب إلى أن الغرر أعم من الجهالة، فكل مجهول غرر وليس كل غرر مجهولا ، وذلك لأن الغرر قد يوجد بدون الجهالة كما في الحيوان الناد المعلوم الصفة ، ولكن لا توجد جهالة بدون الغرر .
انظر الفروق للقرافي ٤٣٢/٣ ، ونظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٤ ، تحقيق محمد الفقي ، ط. مركز التراث ، وانظر الغرر وأثره في العقود لصديق الضرير ص ٣٩ .

(٢) المصباح المنير ص ١٦٩ ، القاموس ص ٤٤٩ ، دليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية ص ٢٢٧.

ويقال: غرر بنفسه أو ماله تغريراً ، أي: عرضها للهلاك من غير أن يعرف .

والغرر اصطلاحاً : ما يكون مستور العاقبة [١] أو: ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما [٢].

هذا وقد ورد النهي عن الغرر من النبي ﷺ ، فعن أبي هريرة ﷺ قال : "نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر " [٣]. والأحاديث الدالة على النهي كثيرة ، منها الخاص بلفظ الغرر، ومنها ما يتناول المسائل بجزئياتها التي وجد فيها الغرر .

والغرر أحياناً يؤدي إلى بطلان العقد عند الحنفية ، وذلك إذا كان الغرر في أصل من أصول العقد ، أو كان في مقوماته ، كبيع الحمل في بطن أمه ، ففيه غرر؛ لاحتمال عدم وجود الحمل أو قد يولد الحمل ميتاً ، وغير ذلك من الأمور التي لا يعرف عاقبتها . وكذلك مثل بيع اللبن في الضرع لأنه مجهول القدر ففيه غرر ، وكبيع اللؤلؤ في الصدف ، فهذه الصور الغرر فيها يؤدي إلى بطلان العقد [٤].

وقد يؤدي الغرر إلى فساد العقد ، لا بطلانه ، وذلك إذا تعلق الغرر في وصف من أوصافه الفرعية ، كمن باع بقرة، على أنها تحلب كذا رطل في اليوم ، فهذا وصف فرعي، ولكنه يؤدي إلى فساد العقد ؛ لاحتمال نقصان مقدار الحلب[٥].

---

(١) انظر : المبسوط ١٣/١٥٤.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٣/٣٩٢.

(٣) رواه الإمام مسلم كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر رقم ١٥١٣، ٣/١١٥٣.

(٤) انظر: السعيديات لمحمد سعيد عبد الغفار ١/٣١٥ وما بعدها .

(٥) انظر : المدخل الفقهي العام ٢/٧٤٤، ضوابط العقود د. عبد الحميد البعلي ص ٢٢٥ ، النظريات الفقهية ، د. محمد الزحيلي ص ١١٥. ط. دار القلم ، دمشق ١٩٩٣م.

السبب الثالث لفساد العقد : الإكراه :

والإكراه لغة [١]:

من كره الشيء كرها، وكراهة ، وكراهية ، خلاف أحب ، ومعناه حمل الغير على ما يكرهه قهرا .

وأكرهه على الأمر : قهره عليه ، وكَرَّه إليه الأمر صيره كريها إليه .

والكره بالفتح : المشقة ، وبالضم القهر ، وقيل العكس .

الإكراه اصطلاحا :

عندما نبحث في تعريف الإكراه ، نجد أن العلماء قد تفاوتت تعاريفهم ، إلا أن هذا الاختلاف حصيلته واحدة ألا وهي : تهديد القادر غيره، بضرر على أمر ، بحيث لولا خوفه من تنفيذ ما هدده به لما أقدم عليه [٢].

وهذا التعريف يشمل الإكراه على إنشاء العقود ، أو إبطالها، ويشمل التصرفات الفعلية كالقتل والزنا وشرب الخمر .

وبما أننا نبحث في المعاملات وفي العقود خاصة ، نقتصر في الدراسة على أثر الإكراه على العقود، وعليه يكون تعريف الإكراه : بأنه حمل شخص على التعاقد بغير حق عن طريق التهديد وغيره ؛ إذ لولا التهديد لما أقدم على انشاء العقد أو ابطاله [٣].

---

(١) المصباح المنير ص ٢٠٣، المعجم الوسيط ٧٨٥/٢ ، القاموس المحيط ص ١٢٥٢ ط. الرسالة، الكليات لأبي البقاء ص ١٦٣ .

(٢) مبدأ الرضا في العقود ١٣/١ ؛ لعلي القرة داغي ، والإكراه وأثره في الأحكام الشرعية ص٢٤، د. عبد الفتاح حسيني الشيخ ، ط. الأولى ١٩٧٩م ، والعوارض الأهلية عند الأصوليين ص ٤٧٢، د. حسين خلف الجبوري .

(٣) انظر السعيديات في أحكام المعاملات لمحمد سعيد عبد الغفار ١٩٦/٢ .

ـ أثر الإكـراه :

الإكراه ـ عند الحنفية ـ وخاصة في التصرفات الإنشائية [١] قد لا يؤثر على بعضها وذلك في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ عندهم ، كالطلاق ، والعتاق ، والرجعة ، والنكاح ، واليمين ، والنذور ، والظهار ، والإيلاء ، والعفو عن القصاص ، فهذه التصرفات لا أثر للإكراه فيها [٢].

أي أن الطلاق ـ مثلاً ـ إذا صدر من المكلف يقع وتطلق المرأة ، حتى لو وجد معه إكراه ، والنكاح ينعقد مع وجود الإكراه كذلك وهكذا ؛ لأن هذه التصرفات لا تفتقر إلى الرضا لانعقادها، فكان الإكراه كالمعدوم في التصرفات الإنشائية تلك خاصة [٣].

وقد يؤثر الإكراه على التصرفات الإنشائية ، إذا وقع على ما يقبل الفسخ . فإنشاء التصرفات القابلة للفسخ مع وجود الإكراه أو إنشاؤها بسبب الإكراه ، سبب في جعل العقد فاسداً عند أبي حنيفة وصاحبيه : أبي يوسف ومحمد، فعندهم تترتب على العقود التي وجد

---

(١) التصرفات الصادرة من المكلف قد تكون شرعية ، وقد تكون غير شرعية ، فالغير الشرعية لا عبرة بها، ولا أثر لها ، أما التصرفات الشرعية فقد تكون إنشائية : أي : ينشأ على أثرها العقد أو يبطل ، وقد تكون تصرفات شرعية غير إنشائية كالإقرار ، والإكراه في هذا النوع ، لا عبرة ولا اعتبار به في إنشاء أو إبطال العقد ، أو الإقرار به ، انظر : المبسوط للسرخسي ٨٣/٢٤ .

(٢) وقد نظمها أحدهم بقوله :

طلاق وعتاق ، فيء ، ورجعة وعفو قصاص واليمين كذا النذور
ظهار وإيلاء وفي ، فهذه تصح مع الإكراه عدتها عشرة

فهذه الأمور لا تتوقف على الرضا ، وإنما تصح ويعتبر التصرف مع وجود الإكراه أو عدم الرضا . انظر : مبدأ الرضا ٤٤١/١ ، العوارض الأهلية عند الأصوليين ، د. حسن الجبوري ص ٤٨١ .

(٣) المبسوط للسرخسي ١٠٢/٢٤.

معها الإكراه آثار العقد الفاسد ـ التي سوف نتطرق لها ـ قياسا على البيع بشرط فاسد أو أجل فاسد [١].

وذهب زفر من الحنفية إلى أن الإكراه يجعل العقد صحيحاً إلا أنه موقوف لا فاسد ، قياسا على بيع الفضولي ، ومعنى هذا أن العقد متى أجيز بعد زوال الإكراه من صاحبه أصبح عقداً نافذاً ولازماً [٢].

السبب الرابع لفساد العقد : الشرط [٣] المفسد :

الشروط المقترنة بالعقد كثيرة الأنواع في المذهب الحنفي ، وأقسامها مختلفة، فالشرط في نفسه إما حلال وإما حرام : والشرط الحلال : إما يقتضيه العقد[٤]، وإما لا يقتضيه العقد :

---

(١) المرجع السابق ٩٤/٢٤ .

(٢) انظر : المبسوط ٩٣/٢٤ ، ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، لابن قودر ، وهو تكملة لشرح فتح القدير ٢٣٥/٩ ، ومبدأ الرضا ٤٤٢/١ ، والعوارض الأهلية ص ٤٨٢ ، والتراضي في عقود المبادلات المالية ، د. نشأت ابراهيم الدريني ص ٣٨٩، ط. دار الشروق، الأولى ١٩٨٢م .

(٣) الشرط لغة : العلامة ، قال تعالى : ﴿ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلاَّ السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ محمد : الآية:١٨ ، أى علاماتها ، وقد يأتي الشرط بمعنى إلزام الشيء والتزامه .

واصطلاحاً : هو ما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ويكون خارجا عن الماهية. انظر : مختار الصحاح ص ١٤١ ، المصباح المنير ص ١١٨ ، كشاف اصطلاحات الفنون ١٠١٤/١ ، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ٣٢٧/٣، تحقيق د. عمر سليمان الأشقر ، ط. وزارة الأوقاف الكويتية .

(٤) ومعناه : أنه يجب بالعقد من غير شرط ، وأنه لا يوجب فساد العقد ، كشرط تسليم المبيع للمشتري، وشرط تسليم الثمن للبائع ، وهذا النوع من الشروط التي تجب بنفس وضمن العقد، فاشتراطه وعدمه لا يفيد شيئاً ، فصار وجوده كعدمه يقول الكاساني : " أما الشرط الذي يقتضيه العقد ، فلا يوجب فساده ، كما إذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع ، أو باع بشرط أن يتملك الثمن ... فالبيع جائز لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط تقريرا لمقتضى العقد ، فلا يوجب فساد العقد ".

انظر : البدائع١٧١/٥، ودرر الحكام لعلي حيدر ١٥٧/١ ، شرح مادة ١٨٦ من المجلة .

والشرط الذي لا يقتضيه العقد ، إما أن يترتب علىاشتراطه تحقق منفعة، أو مضرة، أو لا منفعة ولا مضرة من اشتراطه.

وعلى هذه الأقسام من الشروط التي لا يقتضيها العقد، قال الحنفية بصحة بعضها وذلك إذا كان الشرط ملائماً للعقد[١] أوشرط ثبت جوازه بالشرع[٢] ، أو شرط جرى به التعامل بين الناس [٣].

وكما أجاز الحنفية هذه الأنواع الثلاثة ، منعوا سبعة أنواع لا يقتضيها العقد : أربعة منها يصح فيها العقد إلا أن الشرط يسقط ، وذلك في الحالات التالية :

---

(١) الشرط الملائم للعقد ، شرط مقرر لحكم العقد ، ومؤكد لموجبه ، وإن كان لا يقتضيه العقد، فهو ملحق بالشروط التي يقتضيها العقد .
وإنما أجازه الحنفية لتوثيق العقد وتأكيده ، فهوجائز استحساناً ؛ لأن القياس عدم الجواز لمخالفة مقتضى العقد ، ولكنه لما احتاج العقد للتأكيد جعل هذا الشرط من الشروط الملائمة له ، ومثاله: الرهن ، والكفالة ، والحوالة . انظر البدائع ١٧١/٥، والمبسوط ١٥/١٣.

(٢) أما الشرط الذي ثبت جوازه بالشرع : وقد قيدنا بالشرع ؛ لأن القياس لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه ، فهو مخالف للقياس ، ولكن الشرع أجازه مثل شرط الأجل وشرط الخيار؛ لأن البيع أو العقود عموماً الأصل فيها أنها تنعقد على الفور ، ومتى صح العقد ترتبت آثاره بدون أي تأجيل ولا تأخير . واشتراط الأجل أو الخيار يخالف الأصل الذي عليه العقد ، ويؤخر ثبوت آثاره في الحال؛ لأن التأجيل ينفي وجوب التسليم في الحال ، وخيار الشرط ينفي ثبوت الملك في الحال كذلك . انظر المبسوط ١٥/١٣ ومصادر الحق ١٠٨/٣.

(٣) هذا النوع من الشروط يختلف باختلاف الزمن ، فلكل زمن صورته وأمثلته التي سادت في ذلك العصر ، فهو شرط تعارف عليه الناس وعرف بينهم ، لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وضرب لنا الكاساني مثلاً لهذا النوع المتعارف عليه في زمانهم فقال : " كذلك إن كان ـ أي الشرط ـ مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً ، لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز ، كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفاً " .
انظر : البدائع ١٧٢/٥، مصادر الحق ١١٨/٣، المدخل الفقهي العام ٥٥١/١، ونظرية الشرط د. حسن الشاذلي ص ١٨٦ . ط. دار الاتحاد العربي .

١ ـ إذا كان الشرط يترتب عليه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي [1].
٢ ـ أو شرط فيه مضرة [1].
٣ ـ أو شرط يوجب منفعة لغير المتعاقدين [3].
٤ ـ أو شرط ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد [4].

وثلاث منها تجعل العقد فاسداً ، هي :

١ ـ شرط يؤدي إلى الغرر .
٢ ـ شرط محظور .
٣ ـ شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين .

فهذه الشروط لها تأثيرها فساداً ، إذا كانت في عقود المعاوضات المالية [5].

أما غيرها كعقود المعاوضات الغير مالية [6]، أو عقود التبرعات [7]، فلا يؤثر فيها الشرط الفاسد ، وإنما يلغو الشرط وحده ويصح العقد .

(١) من أمثلته : إذا باع دابة بشرط ألا يبيعها المشتري ولا يهبها ، فالعقد صحيح إلا أن الشرط باطل ولا عبرة به . انظر مصادر الحق ٣/١٣١ ، ونظرية الشرط د. حسن الشاذلي ص ٢٠٣ ومابعدها .

(٢) ومنه ما لو باع ثوبا بشرط أن يحرقه المشتري فكذلك. انظر : المرجعين السابقين.

(٣) منه إذا باع دارا بشرط أن يسكنها أجنبي . انظر : المرجعين السابقين.

(٤) منه ما لو باع طعاما وشرط على المشتري أن يأكله أو يطحنه . انظر : المرجعين السابقين.

(٥) كالبيع ، والسلم ، والصرف ، والمقايضة ، والإجارة .

(٦) كالنكاح والخلع . انظر: ضوابط العقود د. عبد الحميد البعلي ص ٣٠٣، المدخل الفقهي العام ، د. الزرقا ١/٦٤٠.

(٧) عقود التبرعات : هي عقود التمليك فيها يكون بغير مقابل ، كالهبة ، والقرض ، والوصية ، والإبراء ، والوقف ، ويدخل فيها ما يكون تبرعا ابتداء ومعاوضة انتهاء ، كالكفالة ، والحوالة.
انظر : ضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ص ٣٠٤ ، ونظرية العقد د. محمود حسن ص ١٥٨ .

وسنفصل هذه الشروط الثلاثة ــ التي تجعل العقد فاسداً ــ بعض الشيء :

الشرط الأول : شرط فيه غرر :

قد تقدم معنا ذكر الغرر بشكل عام في السبب الثاني ؛ والغرر قد يحصل بسبب الشرط وقد يحصل بغيره .

فمن الشروط التي فيها غرر : اشتراط الحمل في شراء الناقة ، أو أن يشتري سمسماً أو زيتوناً علىأن فيهما من الدهن كذا رطل. وغيرها من الصور[١].

والغرر في الشروط السابقة واضحٌ وبَيِّنٌ ؛ لأن الناقة قد لا تكون حاملاً أو قد يموت الجنين قبل خروجه ، وفي السمسم قد يوجد زيت ولكنه أقل ودون المطلوب، أو دون المشروط ، ولهذه الأسباب فسد العقد، لما يؤدي إلى النزاع بين المتعاقدين .

الشرط الثاني : شرط محظور :

ذكر فقهاء الحنفية [٢] أمثلة لهذا النوع من الشروط المفسدة ، ومنها :

اشتراط كون الطير يذهب ويجيء من مكان بعيد ، أو اشتراط كبش على أنه نطاح، أو ديك على أنه مقاتل ، وغيرها من الصفات المحظورة .

والصفات المشروطة تلك قد اجتمع فيها سببان للفساد :

الأول : أنها قد توجد وقد لا توجد ، والوقوف عليها غير ممكن في الحال .

---

(١) وللزيادة انظر : المبسوط ٢٠/١٣ ، البدائع ١٦٨/٥.

(٢) انظر البدائع ١٦٩/٥ ، ونظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، د. حسن الشاذلي ص ١٩٠ .

الثاني : أنها تؤدي إلى أمر محظور ؛ لأن الناس عادة يلتهون بالصفات عن الواجبات[١].وكثيراً ما يصرف الناس عن عبادتهم وواجباتهم أمر محظور وغير مشروع . ولهذين السببين فسد العقد بالشرط المحظور .

الشرط الثالث والأخير من الشروط المفسدة للعقد :

شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو للمعقود عليه ، إن كان من أهل الاستحقاق .

فالشرط المفسد للعقد هو الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يجر به العرف ، وكان فيه منفعة للبائع ، ومثاله : كأن يبيع دارا على أن يسكنها شهراً ثم يسلمها للمشتري ، وثوباً على أن يلبسه مدة معلومة أو دابة على أن يركبها شهراً[٢].

أو كان لشرط فيه منفعة للمشتري : كما إذا اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع ، أو حنطة على أن يطحنها ـ هذا إذا لم يجر العرف به ـ ، أو اشترى شيئاً على أن يقرض البائع له قرضاً أو يهب له هبة.

---

(١) الصفات المذكورة إذا كانت مشروطة لغرض صحيح فلا بأس بها ، ويصح العقد معها ، وذلك كأن يريد الطائر لينقل الرسائل فيكون كالبريد الجوي ، أو الكبش نطاح ؛ لأن كبر القرن صفة مرغوبة لدى الناس وهكذا .

(٢) اختلف أصحاب المذهب الحنفي في هذه الصور ، فبعضهم قال : إن الشرط باطل دون العقد ، وبعضهم قال: إن العقد والشرط صحيحان ، والراجح في المذهب الحنفي أن العقد فاسد مع الشرط ، وهذا ما قال به الإمام أبو حنيفة (رحمه الله) ورجحه أصحاب المذهب بعده .

أما ما ورد عن جابر ـ أن النبي ﷺ اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها إلى المدينة ، فهو مؤول عندهم بأن ذلك لم يكن شرطاً في البيع ؛ لأن ما جرى بينهما لم يكن بيعا حقيقة وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحبة في السفر . وللمزيد ينظر: المبسوط ١٥/١٣، وفتح القدير ٢١٨/٥.

فهذه الصور تفسد العقد ؛ لأن وجود المنفعة في العقد تكون زيادة على العقد ، والزيادة بدون مقابل تدخل فيه شبهة الربا .

وقد يكون العقد فيه منفعة للمعقود عليه ، وذلك إذا باع داراً أو شيئاً بشرط أن يهبه أو ألا يبيعه ولا يهبه لأحد . فالأول من الشروط يخرج المعقود عليه من الملك ، والثاني يمنع التصرف فيه .

هذه تقريباً الشروط التي إذا وجدت في العقد أفسدته . وعندما ندقق النظر نجد أن الفساد بالشروط المذكورة يرجع لأمرين :

الأول : وجود شبه الربا ، كالشرط الذي فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، فكأن المنفعة المشروطة في العقد زيادة على العقد ، والزيادة في المعاوضات لابد أن يكون لها مقابل ، فوجودها بدون مقابل يدخلها في شبهة الربا .

ومثاله : إذا اشترى داراً على أن يسكنها شهراً ثم يردها للبائع، أو باع أرضاً على أن يزرعها سنة ، فالشرط فاسد ووجوده في العقد أفسده ، يقول السرخسي عن ذلك : " فالبيع فاسد؛ لأن الشرط باطل في نفسه والمنتفع به غير راض بدونه ، فتتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط ، فلهذا فسد به البيع "(١).

الأمر الثاني : أن الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولم يرد به الشرع ولم يتعامل الناس به ، كما ذكر ذلك ابن عابدين: " الأصل الجامع في فساد العقد بسبب شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه نفع لأحدهما ، أو فيه نفع لمبيع من أهل الاستحقاق ... ولم يجر العرف به ، ولم يرد الشرع بجوازه "(٢).

فالضابط في الشروط المفسدة للعقد عند الحنفية : أن يأتي الشرط في العقد مخالفاً وغير موافق لمقتضاه ؛ ولأن كل عقد له

---

(١) المبسوط ١٥/١٣ ، وانظر البدائع ١٦٨/٥، ومصادر الحق ١٢٨/٣ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٠٩/٧ ، وانظر كذلك : المبسوط ١٥/١٣، البدائع ١٦٨/٥.

أحكامه الأساسية و اثاره التي تترتب بمجرد تمام انعقاده و لا تحتاج أن تكون الاثار مشروطة في العقد ؛ لأن العقد يقتضيها ولو لم يشرطها أحد العاقدين ــ فلو شرط في العقد ما يخالف ويعارض أحكامه الأساسية ــ كان الشرط مفسدا للعقد.

وكذلك يفسد العقد اذا شرط فيه ما لا يلائمه ، أو لم يجر به العرف بين الناس ، ولم يجزه الشرع .

السبب الخامس لفساد العقد : الضرر[1]:

من شروط المعقود عليه : أن يكون مقدوراً على تسليمه ، وشرط التسليم خلوه من ضرر يلحق بالبائع عند إرادة تسليم المبيع ، فإذا وجد عند تسليم المبيع ضررٌ متحقق على البائع ، أصبح العقد فاسداً .

وسبب فساده ، أن العقد يستلزم تسليم المبيع للمشتري ، ولا يتحقق المستلزم إلا بضرر واقع على البائع ، والشارع قد أمرنا بدفع الضرر ورفعه بعد وقوعه ، فوجود الضرر ــ المنهي عنه ــ في أوصاف العقد دون أركانه جعله فاسداً.

ومثاله : ما لو باع جذعا في سقف أو ذراعا من ثوب ، فالأول حتى يسلم الجذع ، لابد من تحطيم وتهديم الحائط، وذلك للحصول على الجذع المباع ، وتسليمه للمشتري ، وهدم الجدار فيه ضرر للبائع وإهدار لماله ، والثاني حتى يسلم الثوب يلزم البائع تقطيعه وتبعيضه ، وقطعُ الثوب فيه ضرر وتضييع للمال كذلك [2].

---

(١) الضرر كونه سبباً لفساد العقد يختلف بعض الشيء عن السبب السابق ؛ وذلك أن الضرر متعلق بالتسليم ، لا بالشرط المقترن في العقد ، ولهذا أفردنا الضرر بجعله سبباً لفساد العقد.

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٨٢/٦ ، وحاشية ابن عابدين ١٨٦/٧.

هذا ما يمكننا إجماله من الأسباب العامة لفساد العقد ، التي متى وجدت فسد العقد .

وبعد تدقيق النظر نلاحظ : أن الأسباب الخمسة جاءت مخالفة لشرط من شروط العقد ، ألا وهو : شرط الصحة [١].

يقول الكاساني : " البيع الفاسد هو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة"[٢].

فإذا فقد شرط من شروط الصحة ، فالعقد فاسد ، ولم نقل: العقد باطل ؛ لعدم انعقاد الباطل أصلاً ، إذا فقد شرط من شروط الانعقاد .

أما العقد الفاسد فهو منعقد وموجود ، لتوافر شروط الانعقاد فيه، ولكن لما أتينا بعد الانعقاد إلى شروط الصحة وجدنا فيها خللاً ، وهذا الخلل إنما وجد في وصف من أوصاف العقد ، لا في ركن من أركانه ، وعليه تم تعريف العقد الفاسد بأنه : " ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، أي: أنه يكون صحيحاً باعتبار أصله ؛ لعدم خلل في ركنه ولا في محله ، فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية "[٣].

فالوصف أمر خارجي عن أصل العقد[٤] ـ أي الأركان ـ وعدم مشروعية الوصف لم تؤثر على الانعقاد ، وإنما كان أثر عدم مشروعية الوصف أن جعل العقد فاسداً .

وعليه يقول ابن الهمام : " ثم الفاسد يثبت بأسباب منها :

ـ الجهالة المفضية إلى المنازعة .

---

(١) نظرية العقد أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٧٦ ، انظر ضوابط العقود د. عبد الحميد البعلي ص ٢٨٧ ، النظريات الفقهية ، د. محمد الزحيلي ص ١٢٥ .

(٢) البدائع ٢٩٩/٥ .

(٣) انظر مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة ، لمحمد قدري باشا ، ص ٧٨ ، مادة ٣١٢ .

(٤) انظر الفتاوى الهندية ٣/٣ .

ـ ومنها العجز عن التسليم إلا بضرر .

ـ ومنها الغرر .

ـ ومنها الشرط الفاسد .

ـ وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن " [(١)].

فالغرر أو الجهالة أو الشرط المفسد أو الضرر وغيرها، أوصاف مخالفة لشروط صحة العقد ، فإذا انعقد العقد ، لم يكن صحيحاً ، لما طرأ عليه من وصف أثر في صحته لا في انعقاده .

---

(١) فتح القدير ٤٠٢/٦ وانظر : عقد البيع للزرقا ص ٣٧ ، نظرية العقد أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٦٦.

المبحث الثاني
آثار العقد الفاسـد

المطلب الأول : الفســـخ .

المطلب الثاني : تحول الملكية في العقد الفاسد .

المطلب الثالث: تحول العقد الفاسد إلى صحيح .

آثار العقد الفاسد :

لما علمنا أن العقد الفاسد ينعقد لوجود أركانه الأساسية ، فإن الانعقاد لابد أن ينتج لنا أثراً ، لأنه موجود، وكل شيء موجود تترتب عليه أحكام وآثار ، فلم يكن الشارع يهمل شيئاً موجوداً ، ويتركه من غير حكم أو بدون اعتبار، لذا كانت أهم الآثار التي جعلها الشارع للعقد الفاسد هي:

١ ـ الفسخ .

٢ ـ تحول الملكية في العقد الفاسد .

٣ ـ تحول العقد الفاسد إلى صحيح .

وهذا ما سنفصله فيما يلي :

المطلب الأول

الفســـــخ

الفسخ هو الأثر الأول في العقد الفاسد ، وذلك لأن العقد لما جاء مخالفا لنظامه ، كان حقه الفسخ لوجود أحد الأسباب الخمسة الماضية. ويثبت حق الفسخ لكل من المتعاقدين [١]، فمتى طلب أحدهما فسخه وإبطاله وجب ذلك ، ومتى تم الفسخ فلا يحق لأحدهما الرجوع عنه ، ولا يحق لأحد إسقاط الفسخ ، بل هو ثابت سواء أجاز أحدهم العقد أم لم يجزه ؛ لأن حق الفسخ من حقوق الله ، فلا يملك أحد إسقاطه ، يقول الكاساني : " الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط ، بأن يقول : أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو التزمته؛ لأن وجوب الفسخ ثبت حقاً لله تعالى ، وقفاً للفساد ، وما ثبت لله تعالى خالصاً لا يقدر العبد على إسقاطه " [٢].

وكما يثبت حق الفسخ للمتعاقدين ، يثبت للقاضي ، فيملك القاضي فسخ الفاسد إذا علم بوجوده ورفعه وإن لم يطالب بذلك أحد أطراف العقد [٣].

أما عن سبب وجوب الفسخ ، فلأن الشارع لما شرع لنا العقود، وبين أحكامها وآثارها وما يترتب عليها ، نهى عن صفات مؤثرة سلبا على العقد، كالجهالة والغرر وغيرها ، وهذه الصفات لما كانت خارجة عن صلب العقد ـ أي: عن الأركان ـ لم تؤثر على انعقاده ، وإنما منعته من الصحة ، ولما كان الفسخ لصفة خارجية عن ماهية

---

(١) انظر : مادة ٣٧٢ من المجلة ، حيث قالت: لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد". وانظر : مرآة المجلة ليوسف أصف ١٧٩/١ ، وشرح المجلة لسليم رستم ص ٢٠٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٠١/٥.

(٣) مصادر الحق ١٥٦/٤.

العقد ، كان وجوب الفسخ لا لعينه، وإنما لغيره ، والغير مادام موجوداً وجب الفسخ ، ومتى أزيل أو رفع ارتفع معه وجوب الفسخ .

يقول الكاساني ـ عن العقد الفاسد ـــ : " فيستحق فسخه ، لكن لغيره لا لعينه، حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ"[١].

وفسخ العقد قد يكون بالقول ، كأن يقول : فسخت ، أو رددت، أو أبطلت العقد . وقد يكون بالفعل بأن يقوم يرَد المعقود عليه للبائع .

فالعقد الفاسد نجده منزلة بين الصحيح والباطل ، فلم يكن صحيحاً لتعلقه بصفة منهي عنها ، ولم يكن باطلاً لتوافر الأركان ولوجود النهي في صفة خارجة عن أصل العقد ، إلا أنه قد يقترب أحياناً من الباطل وذلك في حالة الفسخ، فإذا فسخ العقد الفاسد فإنه يتحول إلى الباطل يقيناً ويأخذ حكم الباطل، وقد يقترب الفاسد من الصحيح إذا امتنع الفسخ أو حصل قبض بإذن المالك في العقد الفاسد. فالعقد في هاتين الحالتين إلى الصحيح أقرب، أو يتحول هذا الفاسد إلى عقد صحيح إذا أزيلت صفة الفساد منه . فالفسخ الحاصل للعقد الفاسد ما هو في الحقيقة إلا تحول من الفاسد إلى الباطل الذي لا أثر ولا حكم له بعد الفسخ .

---

(١) بدائع الصنائع ٣٠١/٥.

المطلب الثاني

تحول الملكية في العقد الفاسد

فيما مضى وضعنا تصوراً عامًا للعقد الفاسد ، وتوصلنا إلى أن الفاسد له اثار منها : الفسخ ، وبه يتحول إلى عقد باطل ، ولكن ما الاثار الأخرى التي تتعلق بالفاسد إذا لم يفسخ بأن أصر العاقدان على استمرار العقد الفاسد ؟

ذهب الحنفية إلى أن العقد الفاسد إذا لم يفسخ ، واستمر العاقدان في تنفيذه، وحصل على هذا الاستمرار تقابض ، فإن ملكية المعقود عليه تتحول من المالك الاول إلى العاقد الآخر ، ففي البيع الفاسد مثلاً يتحول المبيع للمشتري، والثمن للبائع عن طريق القبض [1].

وتحول الملكية في العقد الفاسد : إما تحول ضعيف، وبه يمكن رجوع الحق لصاحبه ، عن طريق الفسخ ، فحق الفسخ مستمر لم يسقط بعد حتى مع وجود التقابض ؛ وذلك لضعف الملك الحاصل.

وإما تحول قوي، لا يحق لأحد أن يفسخ العقد ويرجع الملك لصاحبها .

(١) القبض الذي يتم في العقد الفاسد ، والذي عليه تتحول الملكية له شروط ، فإذا وجدت الشروط تحولت الملكية ، ومن هذه الشروط : الإذن في القبض ، فإذا لم يأذن البائع ـ مثلا ـ في القبض فلا تتحول الملكية ، ولا يصح التصرف بالمبيع، والإذن قد يكون صراحة بأن يقول البائع للمشتري: اقبض المبيع ، أو استلم البضاعة . وقد يكون الإذن دلالة ، كأن يتم القبض أمام البائع ، ولا يمنعه ، فدل التصرف على الرضا.
ومن شروط القبض كذلك ألا يكون في البيع خيار شرط للبائع ، فلو كان له خيار شرط ، فإنه مانع من تحول الملكية للمشتري ، فعند الحنفية ، أن خيار الشرط لا يخرج المعقود عليه من ملكية البائع فى البيع الصحيح ، حتى لو وجد معه قبض، فمن باب أولى ألا تتحول ملكية المعقود عليه في العقد الفاسد مع وجود شرط خيار . انظر : البناية على الهداية ٢٥٩/٧ ، ودرر الحكام لشرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ٢٩١/١ـ ٣٠٠ .

وسبب الضعف والقوة ، يرجع لما يصاحب الملكية من تصرفات تجعله يتصف بالقوة فلا يمكن لأحد فسخه ، أو الضعف فيمكن فسخه.

وتحول الملكية في العقد الفاسد يكون عن طريق واحد فقط كما نص عليه فقهاء الحنفية ، وهو طريق القبض ، فإذا أنشئ العقد فاسداً، أو طرأ عليه الفساد بعد تمام العقد ، وأصر العاقدان على إمضائه، وتم القبض بينهما ، بأن قبض أحدهم الثمن والآخر المثمن ، فبالقبض تتحول الملكية ، وبه أفاد ملكاً وإن كان هذا الملك تلازمه صفة الفسخ وصفة الخبث ؛ لنهي الشارع عنه .

يقول الأستاذ محمد أبو زهرة : " ولكن إذا قبض المشتري المبيع بموجب هذا البيع [أي في البيع الفاسد] انتقلت الملكية بذات القبض المترتب على العقد، ولكن يستمر الفسخ واجباً ، إلى أن يحدث تصرف يمنع الفسخ "[١].

ـ سبب تحول الملكية في العقد الفاسد بالقبض :

نجد سبب تحول الملكية ، أن الأصل في العقد انعقاده على الصحة ، وله آثار العقد الصحيح ، إذا تمت أركانه وشروطه .

وإذا ما التصق بالعقد وصف منهي عنه ، خارج عن أركان العقد ، جعله مع انعقاده في منزلة بين الصحيح والباطل ، فلما وجد مع الوصف المنهي عنه أثر من آثار العقد الصحيح، ألا وهو القبض ـ أي: قبض المعقود عليه بعقد فاسد ـ اكتسب العقد قوة الصحيح ، فتحولت الملكية ، وهذا التحول لم يحصل إلا بعد وجود واجتماع صفتين من صفات العقد الصحيح : الأولى: وجود وقيام العقد بأركانه، والثانية : القبض ، فلما انضم القبض ، وهو أثر من آثار العقد الصحيح جاز للملكية أن تتحول .

---

(١) الملكية ونظرية العقد ص ٣٧٥ .

وتحول الملكية في العقد الصحيح أثر من آثاره الملازمة له ، والعقد الفاسد عقد منعقد وحصل معه قبض ، فأفاد هذا الانعقاد والقبض ملكاً ، فتحولت الملكية، إلا أنه ملك قابل للزوال عن طريق الفسخ لقيام السبب مع تحول الملكية .

يقول الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج : " يقوى العقد الفاسد بحدوث القبض ، وتنفيذ أحكامه عن طواعية " [١].

ولو قلنا بعدم إفادة الفاسد ملكاً ، لما كان ثمت فرق بين الباطل والفاسد، ولما حصلت فائدة بجعل الفاسد منعقداً ؛ لأن الباطل في النهاية لا يفيد ملكاً، ولا يترتب عليه أي من آثار العقد الصحيح .

والفاسد ـ إذا قلنا بعدم انتقال الملكية ، وبعدم ترتب أي أثر من آثار الصحيح ـ فقد شابه ووافق الباطل في جميع الأحكام والأوصاف، فمن العبث أن نجعل الفاسد منعقداً دون أن نجعل له أثراً، ومن غير المعقول أن نفرق بين الفاسد والباطل ونجعله قسماً ثالثاً من أقسام العقد من دون فارق .

التصرف في المعقود عليه بعد تحول الملكية :

بعد تحول الملكية في العقد الفاسد عن طريق التقابض ، هل يحق لكل واحد من العاقدين التصرف فيما دخل ملكه تصرفاً مطلقا ، بحيث له حق إخراجه من ملكه عن طريق البيع أو الهبة أو الإجارة أوغيرها ، أو عن طريق الانتفاع به من أكل، أو لبس ، أو ركوب ، أوغيرها من التصرفات المطلقة التي يتمتع بها من يملك الشيء ملكا تامًا ؟

نلاحظ أن فقهاء الحنفية اختلفوا في هذه المسألة ، فمنهم من قال: يحق له كل أنواع التصرفات المخرجة للمعقودعليه من ملكه ،

---

(١) نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق ص ١٧٧ .

أما الانتفاع به فلا يحق لـه ولا يجوز ، وذلك للفساد المتعلق بالعقد المنهي عنه .

يقول الكاساني: " الملك ـ أي في العقد الفاسد بعد القبض ـ يفيد المشتري اطلاق تصرف ، ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا [١] كالبيع والهبة والصدقة ، والإعتاق ، والتدبير ، والكتابة ، والرهن ، والإجارة ، ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع ، أما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك ، كأكل الطعام ، ولبس الثوب ، وركوب ... فالصحيح أنه لا يحل ..."[٢].

واستدل هذا الفريق لرأيهم بالقياس وبالمعقول [٣]:

فمن القياس قالوا : بعدم جواز وطء الجارية في العقد الفاسد، وتقاس عليه باقي العقود ، بأنه لا يجوز الانتفاع بعين المعقود عليه .

ومن المعقول قالوا : إن المشتري إنما يملك المبيع والتصرف فيه ، باعتبار تسليط البائع له ، لا باعتبار تملك العين ، أي: كأن المشتري يملك التصرف لا المبيع.

وذهب فريق آخر من الحنفية إلى :

أن من قبض المعقود عليه بإذن صاحبه فقد تحولت الملكية به ، وبتحولها، يثبت للمالك الجديد مطلق التصرف والتي منها الانتفاع بالعين . فالمشتري في العقد الموصوف بالفاسد يملك كل تصرف، وكل انتفاع ؛ لأنه لما تحولت إليه الملكية ، ثبت له ملك العين، والتصرف فيها، فبإعطائه مطلق التصرف جاز له إخراجه عن ملكه ،

---

(١) أما قول الكاساني بلا خلاف بين أصحابنا، لعله يقصد المتقدمين منهم ، لأنه قد وجد خلاف في هذه المسألة عند متأخري الحنفية .

(٢) بدائع الصنائع ٣٠٤/٥.

(٣) البناية على الهداية للعيني ٢٥٩/٧ ، والموسوعة الكويتية الفقهية ١٠٧/٩.

من بيع ، أو هبة ، وله الانتفاع بالمبيع من أكل أو لبس أو شرب ، فالمالك الجديد له مطلق التصرف.

واستدلوا [1] لما ذهبوا إليه : بأن المبيع لو كان داراً فقبضها بالعقد الفاسد فبيعت دار أخرى بجانبها، فللمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة ، وردوا على الرأي الأول : بأنه لو قبض الجارية ثم ردها للبائع وجب الاستبراء ولو لم يوجد وطء ، وأما سبب عدم جواز الوطء لا لعدم ملكية العين ، وإنما لأن الواجب عليه فسخ البيع ورد الجارية ، وإلا كان مصرّاً على المعصية .

قال الطحاوي : " والأصل في البيع الفاسد ، أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع "[2].

وهذا ما رجحته المجلة في موادها ، حيث جعلت للقابض مطلق التصرف من الانتفاع وغيره ، فقد جاء في مادة ٣٦٦ : " البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض يعني: يصير تصرف المشتري في البيع جائزاً حينئذ " [3]. ونص المجلة يعطي العاقد مطلق التصرف من انتفاع بالعين وغيره ، وقد قال علي حيدر في شرحه للمادة تلك : إذا قبض المشتري المبيع،وتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف فتصرفه جائز [4].

والخلاصة : أن فقهاء الحنفية قد اتفقوا على انعقاد الفاسد وتحول الملكية ، إذا تبعه قبض مع قيام فساد العقد .

وكذا اتفقوا على أن القبض الحاصل يستحق الفسخ إلا في بعض الصور، ومع هذا الاتفاق فإنهم اختلفوا فيما إذا تحولت الملكية هل

---

(١) البناية في شرح الهداية للعيني ٢٦٠/٧ ، مصادر الحق للسنهوري ١٦١/٤.
(٢) نقلا عن صاحب البناية في شرح الهداية ٢٦٠/٧.
(٣) المجلة مادة ٣٦٦ ، وانظر شرحها درر الحكام لعلي حيدر ٣٩٠/١.
(٤) المرجع السابق ٣٩١/١ بتصرف .

للعاقد مطلق التصرف من إخراجه عن ملكه ، ومن الانتفاع به ، أم له التصرف الأول دون الثاني ؟

أنواع تحول الملكية :

تحول الملكية الذي يتم بعد القبض نوعان :

النوع الأول : تحول للملكية مع ملازمة الفسخ :

ذكرنا أن العقد الفاسد منعقد وبه تتحول الملكية عند وجود القبض ، والملك الحاصل في الفاسد لا ينهض ولايماثل تحول الملكية الذي يتم بالعقد الصحيح ، لأن العقد الصحيح تحول الملكية فيه تتم بعد انعقاد العقد واستكماله، حتى لو لم يصاحبه قبض للمعقود عليه ، وأما العقد الفاسد فإن الملكية تتحول للآخر لا للانعقاد وحده ، وإنما لانضمام القبض إليه ، وعليه يصبح المعقود عليه ملكاً للآخر يتصرف مطلق التصرف [١].

إلا أن هذا الملك قابل للفسخ وإن وجد التحول فيه، أي: مطالبة الشارع بفسخ العقد مازالت قائمة ومستمرة ، وإذا فسخ العقد فمن باب أولى أن يفسخ التحول الذي وجد أثراً لهذا العقد . لأن القبض مع الإذن به وتحول الملكية ، كلها أمور لا تسقط حق المطالبة بالفسخ .

فإذا أصر العاقدان على قبض المعقود عليه وعدم فسخ العقد الذي تحولت الملكية فيه للآخر ، فإن الملكية تكون مضمونة بالقيمة لا بما سمي بالعقد .

وقد جاء في المجلة مادة ٣٧١ ــ ٣٧٢ : " والبيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض ... ولكل من العاقدين فسخ البيع الفاسد " [٢].

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ٤/١٥٨.

(٢) درر الحكام ، علي حيدر ١/٣٩٦ .

وبمثله جاء مرشد الحيران في مادة ٤٣١ : " إذا وقع البيع فاسداً فلا يملك المشتري المبيع إلا إذا قبضه برضا بائعه ، وإذا تعذر رده ضمنه بمثله لو مثلياً، وإلا فبقيمته يوم قبضه "(١).

فنلاحظ أن هذا النوع من التحول في الملكية يلازمه حق الفسخ، فالفسخ مستمر قبل القبض وبعد القبض ، ولا يسقط . فهو ملك ضعيف؛ لوجوب إزالته وفسخ العقد الذي به تم القبض والتحول .

النوع الثاني : تحول الملكية مع سقوط حق الفسخ :

في هذه الحالة تتحول الملكية ، ولكن حق الفسخ والمطالبة به شرعاً تسقط وتزول ، فإذا تصرف أحد العاقدين بالمعقود ، وأراد الآخر فسخ وإرجاع الملك له، لم يجز ذلك ولم يصح ، وكذلك إذا تغير المعقود عليه أو هلك وزال المحل .

ومعنى تحول الملكية مع سقوط الفسخ أن التحول في هذه الحالات أقوى من الحالة والصورة التي قبلها، وسبب القوة التي اكتسبها التحول ، إنما كان لسبب خارجي عن العقد ، إما لتلف المعقود عليه ، أو لإخراجه عن الملك ، أو لتغيره أو هلاكه ، فهي أسباب ترفع حق الفسخ ، وإذا أزيل حق الفسخ ، ثبت تحول ملكية المعقود عليه من الطرف الأول إلى الثاني في العقد الفاسد .

فلتحول الملكية مع سقوط حق الفسخ ثلاثة أسباب ، نبينها فيما يلي:

السبب الأول لتحول المعقود مع سقوط حق الفسخ : التصرف في المعقود عليه .

إذا فسد أي عقد ووجد معه قبض فإن العقد يقوى ؛ للقبض الحاصل برضا صاحبه ، ولإفادة القبض الملك ، وبالقبض يقوى العقد

---

(١) مرشد الحيران ، قدري باشا ، مادة ٤٣١ ص ١١٠ ، وانظر كذلك : المعاملات الشرعية للأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ١٤٥ ، ومصادر الحق للسنهوري ١٦١/٤.

مع استحقاقه للفسخ، وإذا ما جاء العاقد بعد القبض والتحول ، وتصرف في المعقود عليه تصرفاً صحيحاً يخرج المعقود عليه من ملكه ، إما بيعاً ، أو هبة ، أو صدقة ، فإنه يترتب عليها سقوط حق المطالبة بالفسخ، وثبوت ملكية المعقود عليه .

فأما سقوط حق المطالبة ـ أي: أن البائع ليس له حق المطالبة برد المبيع وفسخ العقد ـ أمر ثابت ؛ لأن المبيع قد تصرف فيه تصرفا صحيحاً يخرجه من الملك ويمنع إرجاعه .

فإذا وجد أي تصرف مخرج للملك في عقد فاسد ، فحق الفسخ قد زال بزوال محل المطالبة به .

ولما أجزنا تحول الملكية بالعقد الفاسد ، وأجزنا مطلق التصرف فيه كما علمنا ، كان لزاما علينا أن نسقط حق الفسخ ؛ وذلك حفاظاً لحق المشتري الجديد.

يقول الأستاذ الدكتور محمد أحمد سراج : " ويهدف الحكم بإنهاء المطالبة بالفسخ في هذه الظروف إلى حماية الغير ، بتصحيح التصرف الذي صدر من المشتري إليه ، وتحويل ملكية المشتري في العقد الفاسد من ملكية غير ثابتة ولا لازمة إلى ملكية صحيحة تمنع مطالبته باسترداد المبيع "(١).

فالحكمة من امتناع فسخ العقد الفاسد شُرع لتعلق حق الغير بالمعقود عليه ، ولاستمرار واستقرار التعامل بين الناس، ولصيانة حقوقهم من الفسخ ؛ لأنه قد يأتي شخص ويشتري سلعة يرغب فيها بعقد صحيح كامل الأركان والشروط ، وبعد أن يتم العقد ويصبح ويدخل المعقود عليه في ملكه ، يأتي شخص آخر لا يعرفه ويطالب

---

(١) انظر : نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق . أ.د. محمد أحمد سراج ، ص ١٧٨.

بالمعقود ، بحجة أن البائع دخلت السلعة في ملكه بعقد فاسد تم وحصل قبل العقد الصحيح .

والشارع الحكيم عندما أوجب الفسخ كان لسبب استمرار الفساد في العقد، ولبقاء محله وهو المعقود ، ولكنه لما زال المعقود عن ملك العاقدين سقط حق الفسخ ؛ لتعلق حق الغير به ؛ وهذا التعلق كان نتيجة لتصرف صحيح لا يمكن فسخه .

وكذلك حق الفسخ من حقوق الله التي أوجبها على العاقدين في العقد الفاسد ، وإذا تعارض حق الله في الفسخ مع حق الآدمي بعد تحول ملكية المعقود عليه إلى عاقد آخر في عقد آخر صحيح ، فحق الناس عند تعارضها مع حقوق الله مقدمة عليه ، وخاصة في الأمور المالية؛ لأن حقوق الله يتسامح فيها بخلاف حق الآدمي لتعلقها بهم[1].

السبب الثاني لسقوط حق الفسخ بعد التحول : تغير المعقود عليه .

قلنا إن حق الفسخ يسقط بعد تحول الملكية وبعد التصرف في المبيع بيعاً، أو هبة ، أو وقفاً، أوغيره . ومن الأسباب التي لا يحق للعاقد فسخ العقد الفاسد معها : أن يتغير المعقود عليه. وهذا التغيير على ثلاثة أضرب :

١ ـ إما أن يتغير صورة .

٢ ـ أو أن يتغير زيادة .

٣ ـ أو أن يتغير نقصا .

الضرب الأول: تغير صورة المعقود عليه :

المراد به ما إذا تغير تغيراً يخرجه عن صورته التي وجد عليها أثناء إبرام العقد ، فمثلاً : إذا قام المشتري ثوباً بعقد فاسد بتقطيعه

---

(١) انظر : النظريات الفقهية ، د. محمد الزحيلي ص ١٢٤ .

وخياطته قميصاً ، أو إذا قام مشتري الدقيق بعقد فاسد بطحن الدقيق ، أو السمسم ، أو عصر العنب ، أو الأرض وبنى عليها بناءً .

فكل الصور السابقة حصل فيها تغير للمعقود ، وهذا التغير أخرجه عن صورته التي كان عليها ، فسقط حق الفسخ ، ولا يحق المطالبة بالفسخ ـ بعد التغير ـ من قبل العاقدين ، وحتى لو طلب أحدهما الفسخ لم يستجب لذلك ؛ لأن فسخ العقد المأمور به قد تغيرت صفة أساسية منه ، والتغير بمعنى الزوال ، فكأن المعقود عليه قد زال ولم يعد موجوداً ، فالمعقود الذي تم وقوع العقد عليه وأصبح محلاً للعقد ، لم يعد بالصفة التي أبرم العقد عليها؛ لتغير صورته ، فالصورة التي عليها محل العقد قد زالت ، وإذا زال أحد أركان العقد لم يصح فسخه كما هو معلوم[١].

هذا هو المشهور عند الحنفية ، وإن وجد خلاف بين الإمام أبي حنيفة وبين صاحبيه في تغير صورة الأرض إذا بنى عليها أو غرس فيها .

فذهب الصاحبان [٢] أبو يوسف ومحمد إلى أن : حق الفسخ في صورة تغير الأرض لا يسقط ، وإذا طلب أحد العاقدين فسخ العقد بعد تحول الملكية وبعد تغير صورة الأرض بناءً أو غرساً ، فيجب على العاقد الآخر الفسخ وإزالة ما بناه أو ما غرسه في الأرض .

وخالفهم الإمام أبو حنيفة [٣]: إلى أن حق الفسخ يسقط بالتصرف في الأرض بناءً أوغرسا ، ووجه قوله : أنه لو أثبتنا حق الفسخ ، فالعاقد إما أن يُرجع المبيع مع البناء ، أو بدون البناء ، أما الأول فلا سبيل إليه لأن البناء كان بتسليط وبموافقة البائع له . وأما

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري ١٦٩/٤٠ .
(٢) البدائع ٣٠٤/٥ ، الفتاوى الهندية ١٤٦/٣ ، مصادر الحق ١٦٨/٤.
(٣) المراجع السابقة .

الثاني فلا يمكن لما في تسليم الأرض بدون البناء من هدمه، والهدم فيه إهدار للمال منهي عنه .

وإن قال قائل : إن البناء الذي أقامه لا عبرة لماليته ؛ لأنه كان أثراً لعقد فاسد ، وكل ما بني على فاسد فهو فاسد .

يرد عليه : بأن التحول الذي حصل في الملكية كان بسبب قبض صحيح ، وعلى صحة القبض نطلق له التصرف ، وهذا ما رجحناه ، فإذا فسخنا العقد بعد التحول وبعد التصرف في المعقود عليه تصرفاً يغير من صورته، فقد وقعنا في تناقض مع ما رجحناه ؛ لأن الذي رجحنا يعطي حرية التصرف في المعقود عليه ، والفسخ يمنع إطلاق التصرف ، فعليه إذا تغير المعقود عليه إثر تصرف العاقد حتى تغيرت صورته ، سقط حق الفسخ .

الضرب الثاني تغير المعقود عليه زيادة :

والزيادة أنواع [١] منها : الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل ، مثل سمن الشاة ، وكبرها .

ومنها زيادة متصلة غير متولدة : بأن كان المبيع سُويقاً، فجعل المشتري عليه عسلا أو سمناً ، فهي زيادة متصلة ، إلا أنها غير متولدة من الأصل .

وقد تكون الزيادة منفصلة متولدة من الأصل ، كالولد والثمرة .

وقد تكون الزيادة منفصلة غير متولدة ، كأن يكسب الشخص كسباً ، أو وهب له ، أو تصدق عليه .

فكل هذه الصور من الزيادات لا تبطل حق الفسخ ، إلا الزيادة المتصلة غير المتولدة ، فإنها تمنع الفسخ ، وتسقط حق الفسخ بوجودها [٢].

---

(١) البدائع ٢٧٠/٢، البحر الرائق ١٠٢/٦، مجمع الضمانات ٢١٩.

(٢) المراجع نفسها .

لأنا إذا قلنا إن حق الفسخ مازال مستمراً حتى بعد الزيادة ، ظهرت لنا صورتان : الأولى : إما أن يرجع المعقود عليه إلى الأصل الذي كان عليه ، والثانية: إما أن يرجع مع الزيادة .

فالأولى لا سبيل إليها، لتعذر فصل السمن عن السويق بعد مزجهما ، والثانية لا سبيل إليها كذلك ، لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع لا أصلاً ولا تبعا فيتعين في هذه الصورة من الزيادة أن يمتنع حق الفسخ ويسقط ، ويتم التحول للملكية الذي حصل بالقبض بدون حق الفسخ .

الضرب الثالث من صور التغير للمعقود عليه : النقص:

ونقص المعقود عليه قد يكون بآفة سماوية ، أو من المبيع نفسه، أو بفعل المشتري، وهذه الصور كلها لا تمنع الفسخ عند الحنفية ، لأنه يمكن تدارك هذا النقص إن كان النقص بفعل المشتري.

فإن كان النقص بفعل البائع فلا شيء على المشتري؛ لأن تصرف البائع كأنه مسترد له .

وإن كان النقص بفعل أجنبي، فالبائع بالخيار، إن شاء أخذ المبيع مع أرشه ، والمشتري يطالب الجاني ، وإن شاء يلحق الجاني بالمطالبة ، وكذلك يأخذ المبيع مع أرشه إن كان النقص بفعل المشتري.

السبب الثالث من أسباب منع حق الفسخ بعد التحول: هلاك المحل:

فإذا هلك المعقود عليه ، وزال المحل بعد تحول الملكية للعاقد الآخر بالعقد الفاسد ، فإن هلاكه يمنع حق المطالبة بالفسخ والاسترداد.

فإذا هلك المعقود عليه في يد المشتري، فإنه يضمن قيمة هلاكه يوم القبض، ولا عبرة بما سمي في العقد ، هذا إن كان له قيمة ، وأما إن كان له مثل فيطالب بالمثل [١].

والخلاصة :

أن العقد الفاسد يفيد تحول ملكية المعقود عليه ، إذا وجد الإذن بالقبض . وبتحول الملكية ، للعاقد حق التصرف المطلق به ، بيعاً ، وهبة ، وصدقة، واستهلاكا .

وأن العقد الفاسد يقوى بسبب القبض ؛ لأن القبض أثر من آثار العقد الصحيح ، فبه يكتسب قوة وتتحول ملكية المعقود إلى الطرف الآخر .

ولكن العقد الفاسد بعد تحول الملكية قد يكون قابلاً للفسخ ، وقد تؤثر عليه عوامل وأسباب أخرى ، تمنعه من الفسخ ، ويكون عقدا لازماً ، لا يستحق الفسخ ، وبهذا عليه يشتد قوة ؛ للزومه وعدم القدرة على فسخه .

فالعقد الفاسد له تحولات حاصلة ، وهي على أنواع :

١ ـ إما أن يتحول إلى الباطل ، وذلك عن طريق الفسخ .

٢ ـ وإما أن تتحول ملكية المعقود عليه للآخر عن طريق القبض .

وقد تم بيان هذين النوعين سابقاً .

٣ ـ وإما أن يتحول الفاسد إلى عقد الصحيح ، وذلك عن طريق رفع السبب المفسد له . وهذا ما نتطرق إليه في المطلب القادم .

---

(١) نظرية العقد ، والتعسف في استعمال الحق ، أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٧٩ .

المطلب الثالث

تحول العقد الفاسد إلى صحيح

لما وجدت أسباب الانعقاد في العقد الفاسد ، كان له وجود شرعي ، ولما طرأت صفة منهي عنها في العقد ، لزم العاقدين فسخ الانعقاد .

إلا أنه أحياناً قد تزول ـ أو تزال ـ الصفة المؤثرة في العقد ، وبها يتحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح ؛ لأن الفاسد لم يؤثر في أصول العقد من الأركان ، وإنما أثر في وصفه ، فإذا زال الأثر تحول العقد للصحيح .

هذا وقد اتفق جمهور الحنفية ، على أنه متى أزيلت الصفة المؤثرة في فساد العقد ، تحول العقد إلى صحيح ، وبعد التحول تترتب آثار العقد المتحول إليه ـ أي العقد الصحيح ـ فأصبح التحول أحد أحكام العقد الفاسد التي يمكن أن تضاف إليه، فكما كان من أحكام الفاسد وجوب الفسخ وتحول الملكية بالقبض ، فكذلك تحول العقد إلى الصحيح برفع السبب المفسد حكم وأثر من آثار العقد الفاسد التي لها اعتبار في المذهب الحنفي .

ومن خلال تتبع أسباب الفساد ودراسة كل مسائلة ، نلاحظ : أن فقهاء الحنفية يضعون قاعدة عامة للعقد الفاسد وهي : أن سبب الفساد إذا زال ورفع تحول العقد إلى صحيح [١].

يقول الموصلي في الاختيار : " وروى الكرخي عن أصحابنا ، أن سائر البياعات الفاسدة ، تنقلب جائزة بحذف المفسد " [٢].

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٩٧/٦.

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢٦/٢.

فهذه قاعدة عامة يضعها الكرخـي نقلاً عن أصحـاب المذهـب، وهي : أن كل سبب أفسد العقد فهو قابل للإزالـة والرفـع عن العقد ، وبرفعه يترتب أمر آخر ، وهو تحول العقد إذا ارتفع المفسد إلـى عقد صحيح ؛ لأن العقد الفاسد كامل في إطاره العام بوجود أركانه ، ولكن هذا الإطار قد شابته شائبة خارجة عنه متعلقة بوصـف ، متـى أزيلت رجع العقد بأركانه ووصفه إلى الصحيح .

ويقول الكاساني : " لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيـع لا يفسخ كما إذا كان الفساد لجهالة الأجل ، فاسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعاً "(١).

فـالعقد الفاسد لـه أهمية كبرى فـي المذهب الحنفي ، بل فـي العصر الحالي ، وذلك لقابليته التحول والمرونة مع العاقدين.

وعليه فالعقد الفاسد قابل للتحول بإزالـة أسباب فساده وتفصيل ذلك التحول وأنواعه يتضح من خلال المسائل التالية:

المسألة الأولى : تحول العقد الفاسد بسبب الجهالة إلى صحيح :

ذكرنا أن أول سبب للفساد : الجهالة المؤثرة في العقد ، أي: الجهالة المؤدية إلى نزاع بين العاقدين ، والجهالة المؤثرة لها صور وأنواع متعددة :

ـ قد تكون جهالة راجعة للمعقود عليه ، مثل من يقول : بعتك شاة من الغنم .

ـ أو جهالة ترجع للعوض : كأن يؤجر من غير تحديد مقدار مبلغ الأجرة ، أو يبيع من غير تحديد الثمن .

ـ أوجهالة ترجع للأجل : كجهالة مدة الإجارة ، بأن لم تحدد ، أو حددت المدة بوقت غير منضبط ، كـأن يقول : كفلتك إلـى هبوب

---

(١) البدائع ٥/٣٠٠ .

الريح ، أو نزول المطر أو قدوم زيد ، فهي وإن كانت أوقات إلا أنها غير منضبطة .

- وقد تكون الجهالة في وسائل التوثيق المشروطة في العقد ، كاشتراط رهن أو ضمان إلا أنه لم يحدد .

فهذه الصور وغيرها ، تعد من الجهالات الفاحشة ، التي إذا وجدت في العقد أفسدته .

ومع فساد العقود الماضية ، إلا أن الحنفية قالوا : متى رفعت الجهالة المؤثرة من العقد الفاسد ، رجع العقد إلى صفة الصحة ؛ وذلك لأن تعيين المعقود عليه ، أو تحديد الأجل المضروب في العقد ، أو العوض ، أو وسائل التوثيق ، كلها شروط وأوصاف خارجة عن صلب العقد ، فليست هي أركاناً ، حتى إذا اختلت أبطلنا العقد ، وإنما هي شروط جاءت مخالفة لوصف العقد ، ولهذا جاء تعريف الفاسد، بأنه ما كان مشروعاً بأصلة لا بوصفه .

فالخلل الحاصل في الصور الماضية كلها كان في الوصف لا في الأصل ، فلو زالت الأوصاف تحول العقد المنهي عنه إلى عقد مشروع بأصله ، ووصفه، وهو العقد الصحيح [١].

والجهالة المتعلقة بالعقد أنواع وبزوالها يتحول العقد وإليك التفصيل :

أولاً : تحول العقد الفاسد بسبب الجهالة المتعلقة بالمبيع إلى صحيح:

فالعقد ليسلم من البطلان ، عليه أن يستكمل أركانه والتي منها المحل ، و"محل العقد " مصطلح يطلقه الفقهاء ، ويراد به المبيع والثمن ، كما يطلق الفقهاء مصطلح " المعقود عليه " ويريدون به نفس المعنى من المبيع والثمن .

---

(١) انظر البحر الرائق لشرح كنز الدقائق لابن نجيم ٩٧/٦ .

فالمعقود عليه ومحل العقد ، بمعنى واحد واحد المبيع والثمن أو الثمن والمثمن . فإذا وجد محل العقد سلم من البطلان ، ولكنه حتى يسلم من الفساد لابد من توافر شروط صحة فيه ، والتي منها : العلم بالمعقود عليه ، جاءت مادة (٢٠٠) من مجلة الأحكام : " يلزم أن يكون المبيع معلوما عند المشتري " [١].

وفي مادة (٢٣٨) " يلزم أن يكون الثمن معلوماً " [٢].

فعلى المادتين يفسد البيع لجهالة أحد العوضين ، وفساد العقد ليس خاصًا بالبيع ، وإنما هو عام في كل عقد معاوضة ، جهل فيه أحد العوضين ، كما في الإجارة إذا جهل مبلغ الأجرة ؛ لأن شرط الأجرة أن تكون معلومة .

ولما كانت الجهالة الفاحشة تؤدي إلى النزاع بين العاقدين ، فسد العقد بوجودها ، وإذا أزيلت الجهالة تحول العقد إلى صحيح ؛ لأن الجهالة وصف نهى عن وجوده في المعقود عليه،وهذا الوصف خارج عن الأركان، بمعنى ليس الخلل في عدم وجود الأصل، وإنما الخلل المنهي عنه الحاجز عن استمرار العقد على صحته .

قلنا سابقا: إن العقد الفاسد ينعقد ، إلا أنه لا يستطع أن يستمر لعدم اكتمال صحته ؛ لوجود خلل ، وهذا الحاجز والخلل إذا أزيل، وانتفت عن العقد الصفة المنهي عنها ، استمر العقد في استكمال صحته ، وتحول من العقد الفاسد إلى الصحيح .

ففي جهالة المبيع كأن يقول : بعتك شاة من هذا القطيع ، أو ثوبا من الأثواب ، فالبيع فاسد للجهالة المؤدية إلى النزاع بين أطراف العقد ؛ لأن البائع يريد أن يعطي المشتري الرديء من الشياه، ومن الثياب ، والمشتري يريد الأحسن منهما، فتحصل المنازعة .

---

(١) درر الحكام لعلى حيدر ١/١٧٧.
(٢) المرجع نفسه ١/٢١٨.

ولما كان التفاوت بين الشاة والأخرى واضحاً في الاختلاف ، كانت الجهالة متعينة ، ووجود الجهالة سبب من أسباب فساد العقد [١].

ومن الأمور الضرورية في البيع تسليم المبيع أو الثمن واستلامهما، أي: تسليم الثمن من المشتري واستلام المبيع ، والعكس. فلما كانا من آثار البيع الصحيح فالجهالة بأحدهما تؤدي إلى عدم الالتزام بالتسليم والاستلام ، وهذا مخالف لمقتضى العقد الذي شرع.

وقد جاء في شرح المجلة : " فبيع المال المجهول الذي يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين فاسد ، كبيع شاة غير معينة من قطيع غنم"[٢].

فإذا فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن ، فإن فقهاء الحنفية إلا زفر ، يقولون بتحول العقد الفاسد إلى صحيح، بإزالة الوصف المؤثر فيه ، وخاصة إذا ارتفع الوصف المؤثر في المجلس .

فإذا عين الشاة أو الثوب ، وتم التسليم والتسلم ، فالجهالة قد ارتفعت ، وبارتفاعها يكون التحول [٣].

والعلم بالمبيع وتعيينه له طرق ووسائل ؛ لأنه بهذه الطرق والوسائل يتحول العقد المجهول والفاسد إلى عقد معلوم وصحيح .

والوسائل التي يتحول العقد عن طريقها قد تكون قبل العقد ، أو أثناءه ، أو بعده ، فكلها طرق يتم فيها العلم بالمبيع المجهول ، ومن هذه الوسائل :

١ ـ الإشارة إلى المبيع [٤]:

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/٣.

(٢) درر الحكام ١/١٧٨ ، وبهذا المعنى انظر فتح القدير ٦/٢٦٥، والبدائع ٥/١٥٦.

(٣) انظر البدائع ٥/١٥٦.

(٤) الإشارة إلى المبيع ترفع الجهالة ، إلا في المواضع الثلاثة التالية :

أ ـ إذا كان المبيع من الأموال الربوية . =

فإذا كان المبيع مجهولاً لعدم تعيينه فسد العقد ، إلا أنه إذا قام البائع بالإشارة للمبيع نفسه تعين ، وأصبح معلوماً . وبعد العلم يتحول العقد بنفسه ، ولا يحتاج إلى ابرام عقد جديد وإلغاء العبارة الفاسدة ؛ لأن الجهالة تنتفي بالإشارة إلى المبيع، سواء كان مكيلاً ، أم موزوناً ، أم معدوداً ، فالمكيل والموزون والمعدود المجهول لا حاجة إلى بيان مقداره ووصفه ، إذا وجدت الإشارة ؛ لأنه بالإشارة يتعين وتنتفي الجهالة . وإذا انتفت الجهالة ، تحول العقد إلى أصله وهو الصحة عن طريق الإشارة .

٢ ـ العلم بالخواص التي تميزه عن غيره :

لكل محل عقد خواص تميزه عن غيره :

ـ من بيان مقداره ، بأن يقول : بعت كذا رطل حنطة أو شعير من الجنس الفلاني .

ـ أو من بيان حدوده ، بأن يقول : بعت الأرض المحدودة بكذا وكذا .

ـ أو من بيان صفاته ، بأن يقول : بعت البيت الذي اشتريته من فلان ، الذي فيه عدد الدور كذا ولونه كذا وصفته كذا .

فعقد البيع إن كان فاسداً بسبب الجهالة فمع أحد المواصفات التي تميزه وتعينه عن غيره ، يتحول إلى صحيح ؛ لأن الجهالة التي أثرت بالعقد قد زالت فلم يعد يوصف العقد بها، والحكم يدور مع سببه

ب ـ في السلم .

جـ ـ إذا كان رأس مال الثمن مكيلا أو موزوناً .

ففي هذه المواضع يجب إضافة المقدار مع الوصف في حالة الإشارة .

انظر: درر الحكام ١/١٧٨.

وجوداً وعدماً ، فإذا وجدت الجهالة وجد الفساد ، وإذا أزيلت الجهالة زال الفساد وتحول العقد [١].

٣ ـ من طرق ووسائل العلم بالمعقود عليه المجهول: الإشارة إلى مكان العقد الخاص .

كأن يقول البائع : بعت جميع ثيابي ، التي في هذا الصندوق ، أو في هذه الخزانة [٢].

٤ ـ ومن طرق العلم بالمعقود عليه الذي اعترته صفة الجهل : أن يضاف المعقود إلى نفس البائع .

فإذا قال البائع : قد بعت حصاني الذي في المكان الفلاني ، فقد اجتمعت عندنا صفتان : أحدهما : إضافة المبيع إلى البائع، والثانية : بيان المكان الذي يوجد فيه المبيع ، فعليه يتعين المبيع ويكون معلوماً.

أما إذا اقتصر على أحدهما ، فالأصح أنه بيع فاسد للجهالة القائمة به [٣].

٥ ـ ومن طرق العلم : بيان الجنس :

يصح العقد إذا ذكر جنس المبيع ، أو جنس المعقود عليه دون أحد الأوصاف ، ولكن يكون للمشتري خيار الرؤية .

فلو باع العاقد مالاً ، ولم يكن المال متفاوتاً ، مثل الحنطة ، فذِكرُ الحنطة يكفي لرفع الجهالة عن طريق تحديد الجنس وبيانه ، ويكون للعاقد وقتَ النظر خيارُ الرؤية[٤].

---

(١) انظر درر الحكام ١/١٧٩.
(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٦٧.
(٣) نفس المرجع والموضع .
(٤) درر الحكام ١/١٧٩ ، ضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ص ٢٣٣ .

فالطرق الخمسة تلك ، إمـا أن تذكر قبل العقد أو أثناء العقد، فيصح البيع، للعلم بالمبيع وتعيينه .

وإما أن تذكر الطرق بعد تمام العقد وقبل انتهاء المجلس ، ففي هذه الحالة يكون العقد قد انتهى مع ملازمته الفساد ، إلا أن مجلس العقد مازال مستمراً لم ينقطع بعد ، فبذكر أحد الطرق الماضية يتحول العقد إلى صحيح إذا تم ذكرها في المجلس الذي وجد فيه العقد .

وإما أن تذكر بعد انتهاء المجلس ، فالبيع قد استقر فساده ، وتطبق عليه أحكام الفساد التي ذكرناها من الفسخ أوتحول الملكية أواستقرار الملك .

وتوجد مسائل اختلف فيها فقهاء الحنفية ، بين صحة العقد وفساده ، وهي :

ما إذا باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم ، فقد ذهب أبو يوسف ومحمد إلى صحة المبيع في الكل ، إلا أن الإمام أبا حنيفة قال : إنه بيع يصح في قفيز واحد ، ويفسد في الباقي ؛ لأنه لما تعذر معرفة الكل لجهالة المبيع ، جهل كذلك الثمن ، وجهالة الثمن من الأسباب المفسدة له ، ففسد البيع في الباقي ، وجاز في قفيز واحد ؛ لأنه معلوم الثمن ، فانصرف العقد إلى المعلوم فقط دون غيره ، والمعلوم في العقد قفيز واحد بدرهم فقط .

إلا أن أبا حنيفة قال : إن البيع الفاسد في هذه المسألة ، يتحول إلى صحيح إذا أُزيلت الجهالة، وذلك بالطرق التالية :

١ ـ أن يسمى كل ما في الصبرة في المجلس ، فيكون المبيع معلوماً ، وكذا الثمن ، فيتحول البيع إلى صحيح .

٢ ـ أو عن طريق كيل الصبرة كلها في المجلس ، وبه يعلم كم قفيز في الصبرة، ويعلم الثمن ، فتزول الجهالة ويتحول العقد إلى صحيح .

وقد جاء في بداية المبتدي : " ومن باع صبرة طعام ، كل قفيز بدرهم جاز البيع ، في قفيز واحد عند أبي حنيفة ... إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس "(١).

ثانياً : تحول العقد الفاسد بسبب جهالة الثمن إلى صحيح :

الثمن أحد مقومات العقد عند الحنفية ، ولا يتم العقد بدون ذكره، وقد اشترط فقهاء الحنفية للثمن شروطاً منها : أن يكون معلوم القدر والوصف (٢) ، فجهالة قدر الثمن أو وصفه مفسدة للعقد .

ومعنى قولنا: "معلوم الوصف " أي: أن يحدد النوع المراد في العقد ، مثل الجنيه ، فقد يكون جنيه مصري أو استرليني أو غيره ، فإذا باع شيئاً بالجنيه والبلد يتداول فيها الجنيه المصري والاسترليني معاً ـ بأن كانت متساوية الرواج ـ فالعقد يفسد إذا لم يعين أحدهما ؛ لأنهما تساويا في الوصف وفي الرواج ، واختلفا في المالية ، ولم يحدد أحدهما ، فتعينه يزيل الجهالة المفسدة للعقد (٣).

---

(١) انظر شرح فتح القدير ٢٧٦/٦ ، والبدائع للكاساني ١٥٩/٥.

(٢) انظر شرح فتح القدير ٢٦٠/٦.

(٣) هذه المسألة لها أحوال :

الأولى : أن يبيع شيئاً ويذكر الثمن ، وفي البلد نقد واحد ، فالبيع صحيح ، لأن الثمن ينصرف إليه .

الثانية : أن يبيع شيئاً وفي البلد أكثر من نقد ، إلا أن الرائج فيها والغالب نوع معين ، فالعقد كذلك صحيح، لأن الثمن يكون للغالب والذي جرى عليه العرف .

الثالثة : إذا وجد في البلد أكثر من نقد ويعمل في الكل على حد سواء ، فإذا لم يعين أحدهما في أي عقد من عقود المعاوضات فإن العقد يكون فاسداً ، وذلك لجهالة الثمن ، لأنا قد اشترطنا في الثمن العلم به ، وإذا لم يعين لم يعلم .

انظر : شرح فتح القدير ٢٦٢/٦ ، فتح باب العناية بشرح النقاية ٣٠٢/٢ ، لعلي بن سلطان محمد الهروي القاري ، على شرح النقاية للمحبوبي ، ومصادر الحق للسنهوري ٧٥/٣.

والعقد الفاسد في هذه المسألة : إذا قام العاقدان ــ في المجلس وقبل التفرق ـ بتعيين أحد النقدين، فإن الجهالة ترتفع ويتحول العقد إلى صحيح [١].

وكذلك من المسائل التي يكون فيها الثمن مجهولاً ، إذا قال : بعتك هذا الشيء برأس ماله ، أو بقيمته الحقيقية ، أو بما شرى به فلان ، أو بما يقدره المثمنون . فالثمن في الكل مجهول وغير معلوم ، فيفسد العقد ؛ لأن الإيجاب والقبول قد تم من غير تحديد الثمن ، فكانت الجهالة .

إلا أن فقهاء الحنفية نصوا على أن الفاسد في هذه المسألة يتحول إلى صحيح إذا تم تعيين القيمة الحقيقية ، أو علم بما شرى به فلان، أو قام المثمنون بوضع السعر ، وكل هذا في مجلس العقد [٢].

وكذلك من المسائل التي تخص هذا المبحث : البيع بالرقم .

وهو أن يقول: بعتك هذا الثوب ، أو أجرتك هذه الدابة ، بما هو مرقوم في الدفتر من الثمن . ففي هذه الحالة ، إذا كان المشتري يعلم الثمن المرقوم في الدفتر فالبيع صحيح ، أما إذا لم يكن يعلم فالبيع فاسد للجهالة .

إلا أن البيع أوالإجارة أو عقود المعاوضات، تتحول إلى عقد صحيح بعد أن كانت فاسدة إذا ارتفعت الجهالة في المجلس قبل التفرق، عن طريق العلم بما هو مرقوم في الدفتر والرضا به .

فهذه بعض الصور والمسائل التي يفسد العقد فيها لجهالة الثمن أو المبيع ، لأن الثمن والمبيع محلا العقد ، فإذا وجد المحل ولم يعلم

---

(١) انظر: درر الحكام ٢٢١/١ .

(٢) انظر: البدائع للكاساني ١٥٨/٥ ، درر الحكام ٢٠٨/١ .

أو لم يعين فالعقد فاسد ، ولا يكون باطلاً لوجود المحل ، فلو عدم المحل قلنا ببطلان العقد .

فلما وجد العقد بكامل أركانه وأصوله ، إلا أنه فقد شرطاً في أصل من أصوله ـ وهو شرط العلم بالثمن ، أو شرط تعيينه ـ فسد العقد ؛ لأن انتفاء صفة العلم معناه حلول الجهالة المؤدية إلى النزاع ، ورفع النزاع له حالتان : إما أن تزول الجهالة فيصح العقد ، وإما أن يفسخ العقد فاسداً فيرتفع النزاع ؛ لأن الفاسد يستحق الفسخ ، وفسخ العقد رفع له وللنزاع .

يقول الكاساني في ذلك :" وجهالة الثمن تمنع صحة البيع ، فإذا علم ورضي به جاز البيع ؛ لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد ، وقد زالت في المجلس، وله حكم حالة العقد فصار كأنه كان معلوماً عند العقد ، وإن لم يعلم به حتى افترقا تقرر الفساد " [١].

ثالثاً : تحول العقد الفاسد بسبب جهالة الأجل إلى صحيح :

فإذا ضرب العاقدان أجلاً مجهولاً في البيع أو الإجارة أو كل عقد يصح فيه الأجل ، فسد العقد .

ولو جعل العاقدان أجلاً، إلا أن الأجل وقت غير منضبط وغير محدد، فالعقد كذلك فاسد.

وقال جمهور الحنفية : إذا قام العاقدان بإسقاط الأجل المجهول، عن طريق تعيين الوقت في البيع والإجارة ، فالعقد يتحول من فاسد إلى صحيح ، لزوال سبب الفساد .

يقول ابن نجيم : " ولو أسقط الأجل قبل حلوله ، صح ـ أي: لو أسقط من له الأجل [وهو المشتري] الأجل المفسد للبيع قبل الحصاد والدياس والقطاف وقدوم الحاج ، انقلب البيع صحيحاً ـ لأن الفساد

---

(١) البدائع : ١٥٨/٥ .

كان للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره ، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه"[١].

أما إذا قام المشتري بتحديد الأجل ـ الذي جهل حدوثه ـ بعد انتهاء المجلس ، وقبل حلول الأجل أو قبل فسخ البيع، ففي هذه الصورة يفرق الحنفية بين الجهالة اليسيرة، والجهالة الفاحشة[٢].

فالجهالة اليسيرة إذا حددت قبل حلول الأجل فالعقد يتحول من الفاسد إلى الصحيح ؛ لأنه يصح رفع الجهالة اليسيرة ولو بعد مجلس العقد ، ولكن بشرط قبل حلول الأجل المجهول وقبل الفسخ .

وهذا الحكم عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه ، بخلاف زفر ، فإنه لا يقول بتحول العقد صحيحاً ، حتى لو أسقط المفسد [٣].

وعدم التحول عند زفر إلى صحيح ؛ لأن العقد قد وقع فاسداً وتم وهو على صفة الفساد ، فلا يتحول ولا ينقلب إلى صحيح بعد ذلك ، إلا أن الجمهور من الحنفية ردوا عليه : بأنا لما حكمنا على العقد بالفساد فإنما لتجنب وقوع المنازعة الحاصلة بالجهالة ، أما وإنها قد ارتفعت قبل تقررها ، وقد كانت كذلك في وصف زائد لم تمس

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٩٧/٦ ، ونظرية العقد والتعسف في استعمال الحق ، أ.د. محمد أحمد سراج، ص ١٧٦ .

(٢) الجهالة اليسيرة في الأجل إذا كان حلول الأجل محققاً ، إلا أنه يقع أحياناً في وقت أقرب وأحياناً في وقت أبعد مثل الحصاد ، فهو مما يتقدم ويتأخر فكان فيه تنازع.
أما الجهالة الفاحشة فهي : أن يكون وقوع الأجل فيها مجهولاً ، وغير محقق الحدوث ، كنزول المطر ، وهبوب الريح ، فقد ينزل المطر وقد لا ينزل ، وقد تهب الريح اليوم أو غداً ، وقد لا تهب أبداً، فالأجل فيه بين الوجود والعدم .
انظر البدائع ١٧٨/٥ ، درر الحكام ٢٢٨/١ .

(٣) جاء في الاختيار لتعليل المختار للموصلي الحنفي : " والبيع إلى الحصاد والقطاف والدياس وقدوم الحاج فاسد ؛ للجهالة ؛ لأنها تتقدم وتتأخر ، وإن أسقط الأجل قبله جاز البيع خلافا لزفر" انظر الاختيار لتعليل المختار ٢٦/٢ ، وبمثله في اللباب شرح الكتاب ٢٨/٢ ، وفتح باب العناية بشرح النقاية ٣٤٢/٢.

صلب الموضوع ، فصح إسقاط الجهالة ، وإذا سقطت تحول العقد إلى صحيح لعدم المنازعة [١].

أما الجهالة الفاحشة إذا أزيلت بعد الافتراق من المجلس ، فلا يتحول العقد إلى صحيح ، وهذا محل اتفاق بينهم [٢].

والجهالة اليسيرة وكذلك الفاحشة إذا استمرت إلى حلول الأجل، أو إلى فسخ العقد الفاسد ، فلا يتحول العقد إلى صحيح ؛ لأنه بعد حلول الأجل تأكد فساد العقد ، أو بعد الفسخ زال محله ، وارتفع فلا يتحول العقد إلى صحيح [١].

والخلاصـــة :

أن جهالة الأجل عند جمهور الحنفية إما يسيرة وإما فاحشة ، ولرفع الجهالة صور :

الأولى : أن ترفع الجهالة في مجلس العقد قبل التفرق .

الثانية : أن ترفع الجهالة بعد التفرق من المجلس ، ولكن قبل حلول الأجل، أو قبل فسخ العقد الفاسد .

الثالثة : أن ترفع الجهالة بعد الأجل أو بعد الفسخ .

(١) انظر : البناية شرح الهداية للعيني ٧/٢٥٤.

(٢) يقول علي حيدر عند شرح مادة ٢٤٨ : " إذا باع إنسان مالاً بثمن مؤجل أجلا مجهولا جهالة يسيرة ، فإذا أسقط المشتري الأجل ـ سواء أكان في مجلس العقد أم في غيره قبل حلول الأجل وفسخ البيع ينقلب البيع إلى الصحة .. أما إذا اشترى إنسان مالاً إلى أجل مجهول جهالة فاحشة ، وأسقط المشتري الأجل قبل التفرق من المجلس وحلول الأجل فالبيع ينقلب إلى الصحة، أما إذا أسقط المشتري الأجل بعد التفرق من المجلس ، فالبيع لا ينقلب إلى الصحة لتكرر فساد البيع " انظر درر الحكام ١/٢٢٩ ، وانظر البدائع ٥/١٧٨.

(٣) انظر البدائع ٥/١٧٨ ، درر الحكام ١/٢٢٩.

أما الصورة الأولى : فالجمهور منهم يقولون بتحـول العقد إلـى صحيح ، وخالفهم زفر ؛ لأن الفاسد عنده لا يتحول إلى صحيح بإزالة المفسد .

أما الصورة الثانيـة : فجمهـور الحنفيـة ، يفرقـون بيـن الجهالـة اليسيرة حيث يتحول العقد الفاسد إلى صحيـح برفـع الجهالـة اليسيرة، وبين الجهالة الفاحشة فلا يتحول العقد ؛ لأنه مستحق للفسخ [١].

وفي الصورة الأخيرة ، يتفق الحنفيـة أن إزالـة الفاسـد فـي هـذا الوقت ، لم تلاق محلاً قائماً حتى تزيل المفسد ، لأنه إما حان الأجل ، وإما زال العقد بأكمله . وعليه حصل الاتفاق في عدم التحول .

رابعاً : تحول العقد الفاسد بسبب جهالة وسائل التوثيق إلى صحيح :

إذا اشترط العاقدان في عقد البيع شرطا ، يوثق العقد ويقويـه ، كالرهن ، أو الكفالـة ، فالشـرط علـى هـذه الصفـة جـائز عنـد الحنفيـة استحساناً [٢].

والمشترط قد لا يوافق على العقد بدون الرهن أو الكفالة ، لأنــه لم يُقدم على البيع إلا بعد أن تأكد من وجود مثـل هـذا الشـرط ، الـذي

---

(١) انظـر : اللبـاب شـرح الكتـاب ٢٨/٢ ، والبدائـع ١٨٧/٥ ، والبنايـة شـرح الهدايـة ٢٥٣/٧ ، البحر البرائق لابن نجيم ٩٧/٦ ، ودرر الحكام لعلي حيدر ٢٢٨/١.

(٢) أي البيع بشرط الرهن أو الكفالة ، جـائز عنـد الحنفيـة لا علـى القيـاس ومقتضـى العقد ، وإنما هو جائز استحساناً .
فالقيـاس عندهـم يستوجب عـدم جـواز شـرط الرهـن أو غيـره ؛ لأنـه شـرط مـن الشروط المخالفة لمقتضى العقد، مفسد له في الأصل ؛ لأنـه شـرط يوجـب منفعـة لأحد العاقدين ، ولأنه كذلك من باب بيع صفقة في صفقتين المنهي عنه شرعا .
أما عن سبب استحسان الحنفية للشرط ، وإن جاء مخالفاً لمقتضى العقد صـورة ، إلا أنه موافق له معنى ، لأن الهدف من الرهن التوثيق ، لا بيع صفقة بصفقتين ، يقول الكاساني معللاً سبب استحسان الحنفيـة ذلـك : " لأن الرهـن بـالثمن ، شـرع توثيقاً للثمن ، وكذا الكفالة ، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة ، فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى " .
انظر : البدائع ١٧١/٥ ، والبحر الرائق ٢٨٦/٨ .

جعل أساساً للرضا، فلو علم العاقد ـ المشترط أحد وسائل التوثيق ـ عدم تنفيذ ما شرط لم ينشيء العقد ولم يبادر بإنشائه ؛ لأنه لا يرضى إلا به ، وذلك لتوثيق الحق وضمانه.

فعليه إذا تم العقد بالشرط ـ ولم يوف العاقد الآخر أو امتنع من تسليم الرهن ـ فالمشتري بالخيار إن شاء أمضى العقد ، وإن شاء فسخ العقد ، وسبب هذا : أن المشترط لم يرض بانتقال ملكه عنه ، إلا بعد شرط الرهن أو الكفالة ، وفوات الشرط فوات لرضاه ، فكان من حقه الفسخ .

ونتطرق إلى بعض الصور التي يتحول فيها العقد الفاسد إلى صحيح بعد رفع الجهالة المتعلقة بوسائل التوثيق.

أ ـ اشتراط الرهن والتحول الحاصل في العقد :

علمنا جواز اشتراط الرهن في عقد البيع ، وذلك توثيقاً لحق البائع الذي لم يرض بالعقد إلا به ؛ لأنه بالرهن يضمن البائع حقه ، من خلال استيفاء الثمن عن طريق بيع المرهون .

ولكي يصح العقد ، اشترط فقهاء الحنفية أن يكون الرهن معلوماً ؛ لأن سبب اشتراطه استيفاء الحق من المرهون ببيعه ، فإذا كان الرهن غير معلوم ، أو كان غائباً عن مجلس العقد ، فلا يمكن للعاقد تسليمه للجهالة به جهالة فاحشة ، مما تؤدي إلى نزاع بين الأطراف ، وعليه لا يصح العقد بشرط رهن مجهول [١]. وشرط الرهن متعلق بالعقد ، فإذا لم يصح الرهن وجد في العقد خلل خارجي عنه، مما يؤدي إلى فساده ، فإذا كان الرهن مجهولاً، وغير معين فسد البيع، للجهالة اللاحقة بالعقد .

---

(١) انظر البناية شرح الهداية ٦١٩/١١ ، المبسوط للسرخسي ١٩/١٣ ، ونظرية الشرط ، د. حسن الشاذلي ص ١٨١ .

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا : " لو اشترط البائع على المشتري تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فيجب أن يكون الكفيل والرهن معينين وإلا فسد البيع " [١].

وشرط الرهن ـ كما قلنا ـ مقرر لمعنى العقد ، فعند تنفيذ العقد لابد من تسليم الرهن ، وإذا كان الرهن مجهولاً امتنع التسليم ، والامتناع عن التسليم مخالف لما هو مشروط في العقد .

فالرهن متى جهل تعين الفساد ، ولما كان الفساد لأمر خارجي عن أركان البيع ، أمكن إزالة الوصف الخارجي ، وبالإزالة يتحول العقد إلى الصحيح .

ولتحول العقد عدة صور :

الصورة الأولى: إذا اتفق العاقدان في مجلس العقد على تعيين الرهن بعد أن كان مجهولاً ، وتم تعيينه في المجلس ، تحول العقد إلى صحيح ؛ لأن الجهالة المفضية للنزاع والمانعة من صحته قد ارتفعت، فرجع العقد لأصله وهو الجواز والصحة.

ومعنى ذلك : أن العقد يرجع كأن لم يوجد أي مانع أثر في صحته ، هذا إذا كانت الإزالة في المجلس ، بعد تمام العقد ، وقبل استقراره .

أما إذا تعين الرهن المجهول بعد المجلس ، فلا يتحول العقد إلى صحيح ؛ لاستقرار الفساد وتقرره [٢]. وتعيين الرهن المجهول يكون بالإشارة إلى الشيء المرهون أو بتسميته أو بتحديد صفاته التي يعرف بها، فيتضح وتزول الجهالة.

---

(١) المدخل الفقهي العام ٧٤٣/٢ ، وانظر كذلك البدائع ١٧١/٥ .

(٢) انظر : البدائع ١٧١/٥ ، البحر الرائق ٢٨٦/٨ ، البناية شرح الهداية ٦١٩/١١ ، المبسوط ١٩/١٣ ، نظرية الشرط ، د. حسن الشاذلي ص ٤٤٩ .

الصورة الثانية : أن يقوم المشتري بتسديد الثمن المضروب في العقد :

ذكرنا أن سبب اشتراط الرهن توثيق الثمن المؤجل ، وضمانه من الضياع ، فإذا فسد العقد لجهالة الشرط ولعدم تعيينه ـ إلا أن العاقد ـ الراهن ـ قام بنقد الثمن المؤجل والمتفق عليه في العقد ـ فإن العقد يتحول إلى الصحيح ؛ لأن الرهن إنما جعل للوصول إلى الثمن، وإذا وجد الثمن فلا حاجة للشرط ، لأن الوصف المؤثر قد ارتفع وتحول العقد .

يقول الكاساني: " وكذا إذا لم يتفقا ـ أي العاقدان ـ على تعيين الرهن ، ولكن المشتري نقد الثمن، جاز البيع ؛ لأن المقصود من الرهن هو الوصول إلى الثمن ، وقد حصل فسقط اعتبار الوثيقة " [(١)].

ويقول السرخسي في ذلك: " لو أوفاه الثمن صح العقد؛ لأن المفسد قد زال قبل تقرره ، لأن شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه حقيقة " [(٢)].

والأصل في البيع دفع الثمن ، وإذا تعذر الأصل يصار إلى الرهن، وقد جاءت القاعدة الفقهية " إذا بطل الأصل يصار إلى البدل"[(٣)].

فإذا وجد الأصل ـ أو كان ممكناً ـ لا يصار إلى البدل ، وهذا يعرف عن طريق مفهوم المخالفة للقاعدة ؛ لأنه لما وجد الأصل وهو دفع الثمن ، فلا فائدة للرهن ، معلوماً كان أو غير معلوم ، فلا يصار للبدل ـ الرهن ـ مع وجود الأصل.

---

(١) البدائع ١٧١/٥.

(٢) المبسوط ١٩/١٣.

(٣) درر الحكام ، مادة ٥٣٠ ، ٥٥/١ ، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقا ص ٢٧٨.

والعقد إنما تحول بعد إزالة الفاسد الذي هو البدل بأكمله ، عن طريق دفع الثمن الذي هو الأصل ، فسقط الرهن وتحول العقد .

ب ـ اشتراط الكفيل والتحول الحاصل :

شرط الكفيل في العقد ، مما جوزه الحنفية استحساناً كذلك ، إلا أن الكفيل له شروط منها :

ـ معلومية الكفيل .

ـ تعيين الكفيل .

ـ حضور الكفيل في المجلس وقبوله الكفالة .

فلو تخلف شرط منها ، لم تصح الكفالة .

فقد ذهب الحنفية إلى اشتراط تعيين الكفيل ، فإذا لم يعين الكفيل أو جهل ـ بأن كان غائباً ، أو حاضراً ولكن لم يعين ولم يحدد ـ فالعقد فاسد للجهالة الفاحشة في العقد ؛ لأن اشتراط الكفيل جُوِّزَ لتوثيق العقد ، والتوثيق لا يحصل مع جهالة الكفيل، والجهالة به لا تحقق لنا معنى التوثيق الذي شرع اشتراط الكفيل له ، ففسد العقد بجهالة الكفيل وعدم تحديده [١]. وجاء في الهداية : " إذا لم يكن الرهن والكفيل معيناً أو كان الكفيل غائباً ، حتى افترقا ، لم يبق معنى الكفالة أو الرهن للجهالة فيفسد " [٢].

إلا أنه يمكن تحويل الفاسد إلى صحيح عند الحنفية ، وذلك بعدة طرق :

١ ــ التعيين : إذا تم العقد ولم يعين الكفيل ، وقام العاقدان بتعيينه في المجلس الذي حصل فيه العقد، تحول العقد إلى صحيح .

---

(١) انظر البدائع ١٧٢/٥ ، ونظرية الشرط حسن الشاذلي ص ٤٥٨ .

(٢) الهداية وعليه شرح البناية ٦٢٠/١١.

٢ ـ وكذلك يتحول العقد إذا كان الكفيل مجهولاً ، بأن يحدد الكفيل في مجلس العقد ، فيتحول العقد .

٣ ـ والطريق الأخير الذي يتحول فيها العقد الفاسد ، إذا ما عين العاقدان كفيلاً ، ولكنه غير موجود في المجلس ، فإن العقد يفسد، فإذا حضر الكفيل بعد أن كان غائباً ، فحضر في المجلس، وقبل الكفالة تحول العقد الذي تم فاسداً إلى صحيح .

جاء في الهداية : " ولو كان غائبا ــ أي الكفيل ــ فحضر في المجلس وقبل صح " [١] وقوله " وصح " أي : بعد تقرر فساد العقد تحول إلى صحيح ، لأن العقد قد تم وصفة الجهالة قائمة به ، ولما لم يستقر الفساد ، صح إزالة الفساد قبل استقراره ، ولما أزيل تحول العقد [٢].

فهذه هي الطرق التي يتحول فيها العقد ، والاختلاف بينها واضح ، فالطريق الأول الكفيل مبهم ، وذلك بأن يكون في المجلس أكثر من واحد ولم يتعين أحدهم ، فالجهالة تستمر حتى يتم التعيين .

والطريق الثاني : بأن اشترط العاقدان في العقد كفيلاً ، ولم يحدداه أو يذكراه في المجلس ، بأن يقول البائع : اشترطت كفيلاً ، وقال المشتري: عَلَيَّ ذلك ، فالعقد فيه جهالة ولا ترتفع الجهالة إلا بعد تعيين الكفيل .

والطريق الثالث : إذا شُرِط الكفيل وهو موجود وقد حُدِّد وعين، إلا أن الكفيل غائب عن مجلس العقد [٣]؛ لأن شرط الصحة ، أن

---

(١) المرجع نفسه ٦٢١/١١.

(٢) انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٨٦/٨.

(٣) أما عن سبب اشتراط حضور الكفيل في المجلس وإذا لم يحضر فسد العقد ؛ فلأن الكفالة معناها : أن يتحمل الثمن كل من المشتري والكفيل ، فكأن الكفيل يحل محل المكفول عنه في سداد الثمن المقرر في العقد . فحضور الكفيل والمكفول عنه ــ المشتري ــ شرط لصحة عقد الكفالة، فإذا لم يحضر فسدت الكفالة، والكفالة شرط خارج عن شروط عقد البيع ، ففسد البيع تبعاً لفساد الشرط وهو الكفالة .

يحضر الكفيل في المجلس ويقبل في المجلس كذلك ، فلو كان غائباً عند الانعقاد فسد العقد فإذا حضر في المجلس وقَبِلَ تحول العقد .

المسألة الثانية : تحول العقد الفاسد بسبب الغرر إلى صحيح :

علمنا أن الغرر على أنواع ، منها ما يؤثر في بطلان العقد ، ومنها ما يؤثر في إفساده ، ومن الغرر ما لا أثر له سلباً ، أي: لا يكون العقد مع وجوده فاسداً و لا باطلاً .

فالغرر نوعان :

- غرر غير مؤثر في العقد [١].

- وغرر مؤثر فيه ، والمؤثر قد يكون تأثيره بإبطال العقد [٢] أو إفساده .

فالنهي الذي جاء به الشارع، إنما هو للغرر الذي يؤثر في العقد، ويورث تنازعا عند المتعاقدين [٣].

والذي يهمنا في المبحث الذي نحن فيه : الغرر المؤثر فساداً في العقد ، دون غيره .

---

(١) الغرر الغير مؤثر في العقد : كبيع البيت دون رؤية أساسه ، ودخول الحمام دون تحديد المدة، أو مقدار الماء المستخدم .
فهذه عقود فيها غرر ، إلا أن الشارع قد رخص التعامل مع وجودها ، لحاجة الناس إلى ذلك ، أو لعسر الاحتراز عنها . انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٥١/٣١.

(٢) مثال الغرر المبطل للعقد : بيع السمك في الماء ، أو الطير في الهواء . فهو بيع باطل للغرر الفاحش الموجود في العقد ، وقد مر معنا تحول العقد الباطل إلى صحيح في هذه الصورة وغيرها فليراجع .
ومن الأمثلة التي يبطل العقد فيها للغرر المؤثر : بيع الحمل في بطن الأم ، وضربة القانص ، وهذه الصور إنما بطل العقد لأن الغرر المؤثر تعلق بأصل المعقود عليه ، مما أوجب بطلان العقد لا الفساد. انظر المبسوط للسرخسي ١١/١٣ ، البحر الرائق ١١٩/٦ ، والمدخل الفقهي العام ٧٤٤/٢ .

(٣) المراجع نفسها .

ونلاحظ : أن الغرر قد يفسد العقد وحده ، وقد يشاركه سبب آخر يؤثر في فساده مع الغرر ، بأن تجتمع مع الغرر جهالة ، أو شرط فاسد ، أو عقد فيه ربا .

فاجتماع الغرر مع الجهالة ، قد مثل لها القرافي في الفروق ، وذكر ستاً من الصور التي تجتمع فيها الجهالة مع الغرر ، منها ما تؤدي إلى البطلان ، كبيع طير في الهواء ، لا يعلم صفته ، فهو مجهول وفيه خطر الوجود والعدم ؛ لأنه قد لا يستطيع البائع صيده ، فالصورة هذه قد اجتمع الغرر مع الجهالة ، فأديا إلى بطلان العقد [١].

وقد يؤدي اجتماع الغرر مع الجهالة إلى فساد العقد، كبيع ما في الدار ، فإن الجهالة من عدم معرفة صفة المبيع مفسدة للعقد ، وكذلك الغرر ؛ لأن المشتري لا يعلم هل يوجد بها شيء أو لا ؟ أو قد يوجد ولكنه غير صالح للبيع .

فعدم معرفة صفة المبيع جهالة ، وعدم العلم بوجوده غرر ، وقد اجتمعا وأديا إلى فساد العقد .

ومن الأمثلة : أن يبيع غنماً إلا واحدة لم يسمها ، فالغرر متحقق والجهالة كذلك [٢].

كما أنه قد يجتمع الغرر مع الشرط الفاسد؛ لأن الشرط في ذاته، قد يكون فيه غرر ، فيفسد العقد بهما .

يقول الكاساني ـ عند تحدثه عن شرائط صحة البيع ـ : " ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة ، وهي أنواع منها: شرط في وجوده غرر، نحو ما إذا اشترى ناقة على أنها حامل ، لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم ... فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع " [٣].

---

(١) انظر الفروق للقرافي ٤٣٣/٣ .
(٢) انظر الغرر وأثره في العقود ، د. الصديق الضرير ص ٥٧٥ .
(٣) البدائع ١٦٨/٥ .

وكذلك من الغرر الذي يصاحبه شرط فاسد: ما لو اشترى ناقة، وهي حامل على أن تضع حملها إلى شهر أو شهرين ، فالبيع فاسد؛ لأن وجود هذا الشرط غرر [١].

ومن الصور التي يجتمع الغرر فيها مع الشرط المفسد ، ما ذهب إليه محمد من الحنفية من أن بيع البقرة على أنها حلوب فاسد ، لوجود الغرر في الشرط الفاسد [٢].

كما أنه قد يكون الغرر مع الإكراه فيما إذا أكره على بيع فيه غرر ، فاجتمع الغرر والإكراه في عقد واحد ، ففسد العقد .

وقد يجتمع الغرر مع الضرر : فيما لو باع اللؤلؤ في الصدفة ، فقد اجتمع أمران :

الأمر الأول: الغرر ، لأنه قد يوجد اللؤلؤ وقد لا يوجد، ففيه خطر العدم .

والأمر الثاني : حتى يُسلَّم المبيع لابد من كسر الصدفة ، ففيه ضرر قياساً على بيع الجذع في السقف ، فعند تسليمه لابد من إلحاق ضرر بالبائع ، ففسد العقد لاجتماع الغرر مع الضرر .

وكذلك قد يجتمع الغرر مع الربا ، وذلك في عقد المزابنة : بأن يبيع الرطب على النخل بتمر مقطوع ، أو العنب بالزبيب ، فالعقد فاسد للغرر ، وللربا [٣].

وفي الصور الماضية كلها ، نلاحظ أن الغرر مقترن مع وصف آخر أو مع سبب آخر ، أفسدا العقد معاً .

---

(١) المرجع نفسه .

(٢) وقد روي عن الإمام أبي حنيفة : أن البيع صحيح في هذه الصور . انظر البدائع ١٦٨/٥.

(٣) حاشية ابن عابدين ١٨٦/٧.

أما الأمثلة التي يذكرها الفقهاء في انفراد الغرر وحده ، فهي صور توجب إبطال العقد لا افساده، لأننا قد عرّفنا الغرر بأنه:ما وجد فيه خطر العدم والوجود.

فالعدم والوجود أمران يتعلقان بأصل العقد ، لا بالأوصاف ، وكل ما تعلق بأصل العقد فهو من باب الباطل لا من باب الفاسد ، وهذا ما سار عليه فقهاء الحنفية في ضربهم الأمثلة .

فمثال : بيع البعير أو الحيوان الناد أو الشارد ، فهو بيع غرر تعلق بالأصل المعقود عليه ، فبطل .

وكذلك باقي الصور ، التي انفرد فيها الغرر وحده عن الأسباب المفسدة . ولسائل أن يسأل : كيف يجتمع الغرر الذي هو وصف تعلق بأصل العقد، مع الأسباب الأخرى التي أفسد العقد تعلقها بوصف من أوصافه الخارجية ؟

نقول له : إن الغرر إذا انفرد وحده تعلق بأصل العقد ؛ لأن الوجود والعدم متعلقان بأصل العقد ، وفي حالة اجتماعه مع غيره يكون الغرر متعلقاً بالوصف لا بالأصل ، فالوصف يكون فيه غرر وسبب آخر من جهالة أو إكراه أو شرط مفسد .

وتحول الفاسد بسبب الغرر : إنما يكون بإزالة المفسد الآخر الذي اجتمع معه ؛ لأن الغرر إذا انفرد أبطل العقد ، وإذا اجتمع مع سبب آخر مفسد للعقد ، أفسد العقد معه ؛ لأن الغرر تعلق بالسبب لا بالأصل ، وإذا ارتفع السبب المفسد فإن الغرر المتعلق به يرتفع معه ، ويتحول العقد الفاسد إلى صحيح بارتفاع السبب مع الغرر . والله أعلم.

المسألة الثالثة : تحول العقد الفاسد بسبب الإكراه إلى صحيح :

قبل معرفة صور التحول بسبب لابد لنا من معرفة أركان الإكراه وشروط كل ركن وأنواعه ومحل وقوعه ، علىعجالة من غير إسهاب ولا إطناب .

إذا تم عقد بعاقديه ومعقوده وصيغته ، فقد صح ظاهرا لاستكمال ركنه ومقوماته ، ولكنه قد يتخلف العقد عن الصحة لوجود شروط لابد من توافرها في العقد ، حتى يتم ، والتي منها الرضا ، فإذا لم يوجد الرضا من أحد العاقدين ، بأن كان مكرهاً على البيع أو غيره ، فسد العقد عند الحنفية .

ونجد علماء الحنفية قد اهتموا أيما اهتمام بالإكراه ، وحصر مسائله من جميع الأبواب ، والتوسع فيه ، حيث جعلوا له كتاباً أو بابا مستقلاً يختص بأحكامه ومسائله في كتبهم الفقهية .

الإكراه في العقود ـ كما ذكرنا سابقاً ـ : " هو تهديد القادر غيره على إبرام العقد " [١].

وللإكراه أركان ولكل من الأركان شروط،ونوضح ذلك فيمايلي:

الركن الأول : المكره (بكسر الراء) :

وهو الشخص الذي يهدد غيره على إحداث شيء قهراً، وحتى تنطبق عليه أحكام الإكراه لابد من توافر شرط القدرة على إنفاذ الوعيد الذي هدد به غيره .

فلو هدد المكره ـ بالكسر ـ ولم يكن ذا قدرة على تنفيذ ما هدد به، لا تنطبق عليه أحكام الإكراه ولا يكون في العقد إكراه [٢].

---

(١) انظر ص ٣١٥ من البحث .

(٢) البدائع ١٧٦/٧ ، الاختيار لتعليل المختار ١٠٤/٢ ، درر الحكام مادة (١٠٠٣) ، ٧٣٠/٢ ، المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك ص ٨٧ ، الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية ، د. عبد الفتاح الشيخ ص ٢٧ ، مبدأ الرضا ٤٢٦/١.

الركن الثاني : المكرَه (بفتح الراء):

وهو الشخص الذي وقع عليه ما هدد به ، فيخضع لتهديد المكره ـ بالكسر ـ وشرطه :

ـ أن يغلب على ظنه أو يتأكد، أن المكره قادر على تحقيق ما هدد به .

ـ وأن يكون عاجزاً عن رد ما هدد به ، بأي وسيلة كانت .

يقول قدري باشا في مرشده مادة ٢٨٩ : " يشترط لاعتبار الإكراه المعدم للرضا : أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به ، وأن يخاف المكرَه وقوع ما صدر ، بأن يغلب على ظنه وقوع المكره به ، إن لم يفعل الأمر المكره عليه ، فإن كان المجبر غير قادر على إيقاع ما هدد به فلا يكون الإكراه معتبراً "(١).

الركن الثالث : المكره به :

أي الوسيلة التي يحصل بها الإكراه ، من التخويف بالقتل أو بقطع عضو أو إتلافه ، أو ضرب يخاف منه الهلاك ، أو الحبس ، أو أخذ المال وإتلافه ، أو الإهانة لصاحب الوجاة أمام الناس والملأ .

وشرط المكره به أن يلحق بالمكرَه ـ بالفتح ـ أذى غير محمود عنده ، والأذى الذي يستوي في التهديد به جميع الأفراد : القتل وقطع الأطراف .

ويكون الأذى نسبيا فيما سوى ذلك ـ أي:يختلف من شخص لآخر ـ مع مراعاة أحوال المكره عليه من حيث الخطورة .

فلا إكراه على الزنا ، والحد لا يسقط إلا إذا هدد بالقتل أو قطع عضو ، بخلاف البيع ، فانه يكون بالتهديد بهما وبالضرب والحبس وغيره .

---

(١) مرشد الحيران ص ٧٣ ، وانظر البدائع ١٧٦/٧ .

وهذا يُختلف فيه من شخص لآخر ، جاء في مرشد الحيران " يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص ، وسنهم ، وضعفهم ، ومناصبهم ، وجاههم ، ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب ، كثرة وقلة وشدة وضعفاً " [١].

والضابط والعبرة فى اعتبار الإكراه وعدمه: أنه متى كان يعدم الرضا ويلحق ضرراً اعتبر، بخلاف غيره [٢].

الركن الرابع : المكره عليه :

وهو التصرف الصادر من المكره ـ بفتح الراء ـ أثر التهديد الصادر من المكره ـ بكسر الراء ـ .

وشرطه: كون المكره ـ بالفتح ـ ممتنعا عن المكره عليه قبل الإكراه [٣].

والمكره عليه عند الحنفية نوعان :

الأول: حسي : وهو إما معين مثل الإتلاف ، والقطع ، والأكل، وشرب شيء بعينه . وإما مخير ، إذا هُدِّد على فعل أي شيء مما مضى دون تحديد ولا تعيين.

والثاني : شرعي : وهو أن يكره على فعل أمر من أمور الشرع :

من الطلاق ، والنكاح، والرجعة ، واليمين ، والنذر ، والظهار ، والإيلاء، والبيع ، والشراء ، والهبة ، والإجارة ، وغيرها [٤]. وهو إما معين أومخير كالسابق .

---

(١) مرشد الحيران مادة ٢٩٦ ص ٧٥ ، وانظر كذلك الإكراه لعبد الفتاح الشيخ ص ٢٨، والعوارض الأهلية د. حسين الجبوري ص ٤٧٦ ، ومبدأ الرضا ١/٤٢٩.

(٢) الاختيار ٢/١٠٥.

(٣) درر الحكام ٢/٧٢٧.

(٤) انظر : البدائع للكاساني ٧/١٧٦.

والذي يهمنا النوع الثاني ـ أي الشرعي ـ وهو قد يكون فعلاً مثل إفساد الصلاة أو الصوم أو الحج عن طريق الأفعال المنافية له .

وقد يكون الشرعي قولاً : كإجراء العقود وإنهائها ، والنطق بكلمة الكفر وغيرها من الأقوال [١].

هذه تقريباً مجمل الأركان وشرطها في تحقيق الإكراه المفسد للعقد ، وبقى أن نتطرق إلى :

أقسام الإكراه :

لقد قسم فقهاء الحنفية الإكراه إلى قسمين :

الأول : الإكراه الملجيء ـ أوالإكراه التام ـ ويتحقق بالتهديد بتلف نفس أو عضو أو ضرب مبرح .

وحكم هذا النوع أنه يفسد الاختيار ويعدم الرضا [٢].

والثاني : الإكراه الغير ملجيء ـ أو الناقص ـ : وهو يتحقق بالتخويف بالحبس والضرب اليسير الذي لا يخاف منه تلف عضو .

وحكم هذا النوع : أنه يعدم الرضا ، ولكنه غير مفسد للاختيار ؛ وذلك لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكره عليه ، لتمكنه من فعل الغير [٣].

أثر الإكراه على العقود :

المكره عليه : إما فعل أو قول ـ كما ذكرنا ـ والقول قد يكون قابلاً للفسخ أو لا يكون قابلاً للفسخ .

والقول الغير قابل للفسخ ـ أي: الذي لا يتوقف على الرضا ـ مثل الطلاق والعتاق والرجعة ، واليمين ، والنذر ، والظهار ، والعفو

---

(١) انظر : عوارض الأهلية عند الأصوليين ، د. حسين الجبوري ص ٤٨١ .

(٢) انظر : الإكراه لعبد الفتاح الشيخ ص ٢٥ ، مبدأ الرضا ٤٣٣/١ .

(٣) المراجع نفسها .

عن القصاص ، متى صدر من المكره ـ بالفتح ـ صح ووقع وإن عدم الرضا [١].

أما القول الذي يحتمل الفسخ [٢]: ـ الذي يتوقف على الرضا ـ مثل البيع والشراء ، والهبة ، والإجارة ، والكفالة ، والوكالة ، والشركة ، وغيرها من العقود . إذا فقد شرط الرضا منها ، فالعقد ينعقد إلا أنه فاسد ؛ لأن شرط هذه العقود وجود الرضا وقت العقد ، وسبب انعقاده وجود وتوافر الأركان ، التي أعطت للعقد قوة الانعقاد، وسبب الفساد وجود العلة وهو الإكراه وعدم الرضا.

يقول الأستاذ/أحمد إبراهيم بك: " العقود كلها تفسد بالإكراه ، فيفسد به كل من البيع والشراء " [٣].

ونلاحظ أن الحنفية : يقولون بفساد العقد إذا اختل شرط الرضا، بأن وجد فيه إكراه ، ولكن هذا الفساد يختلف حكمه وآثاره عن حكم وأثار الأسباب الأخرى المفسدة للعقد ، كالجهالة أو الشرط المفسد وغير ذلك ، ولهذا اختلف في حكم بيع المكره ـ مثلاً ـ هل هو فاسد أو موقوف؟ [٤]، مع أن الكل متفق على انعقاده، لكنهم اختلفوا هل هو فاسد أو موقوف ، ومنهم من قال بيع المكره فاسد وموقوف على إجازة البائع[٥].

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ١٠٢/٢٤ ، والعوارض الأهلية ، د. حسين الجبوري ص ٤٨١ ، ومبدأ الرضا ٤٤١/١.

(٢) البدائع ١٨٦/٧ ، العوارض الأهلية ص ٤٨٢.

(٣) المعاملات الشرعية المالية ص ٨٧ .

(٤) ذهب زفر من الحنفية ـ رحمه الله ـ إلى أنه بيع موقوف على الإجازة فمتى أجيز صح ، وتحول إلى صحيح . انظر فتح القدير ٢٣٥/٩ .

(٥) انظر الإكراه ، عبد الفتاح الشيخ ص ١٩١ .

كيفية تحول العقد الفاسد بسبب الإكراه لصحيح :

يتفق جمهور الحنفية على تحول العقد بإزالة المفسد إلى صحيح وكذلك يقال إذا كان سبب العقد الفاسد الإكراه [(١)]، وإن اختلفت أحكامه ، وذلك للقاعدة العامة في التحول : أنه متى أزيل الإكراه ووجد الرضا فقد تحول العقد ، سواء هذا الرضا حصل عند قبض المبيع ، لأنه عند القبض تتحول الملكية مع بقاء الفساد وحق الفسخ ، أو عند تسليم الثمن ، أو بعد زوال الإكراه ، وإجازة العقد .

والفساد الحاصل بسبب الإكراه له ثلاث صور :

الأولى: أن يكون المكره ـ بالفتح ـ البائع .

الثانية: أن يكون المكره المشتري .

الثالثة: أن يكون المكره كلاً منهما .

الصورة الأولى: إن كان المكره هو البائع ، فلا يخلو الأمر من وجهين :

الوجه الأول : إذا وجد الإكراه على البيع فقط دون التسليم أي عندما باع : باع مكرهاً ، ولما سلم ، سلم طائعاً وراضياً ، ففي الوجه هذا يصح العقد ، ويتحول إلى صحيح ، لأن العملية التعاقدية تمت بشقين :

الشق الأول : انعقاد البيع مع وجود الإكراه ، والشق الثاني : التسليم ، وقد وجد معه الرضا ووجود الرضا معناه زوال الإكراه، فتحول العقد من الفاسد إلى الصحيح ، لزوال الإكراه عند التسليم .

---

(١) المبسوط ٢٤/٥٩، مجمع الأنهر ٢/٤٣٠.

فالرضا شرط لصحة العقد ، فكأن التسليم طائعاً إجازة للبيع الذي وجد فيه الإكراه ، بعد أن كان للعاقد حق الفسخ [١].

الوجه الثاني : أن يكون البائع مكرهاً على البيع والتسليم :

أي وقت البيع كان مكرهاً ، واستمر الإكراه إلى وقت التسليم ، فباع وسلم مكرهاً . فالبيع فاسد .

وبعد العقد إذا زال الفاسد وارتفع الإكراه ، تحول العقد ، ولكنه غير لازم، فالبائع يملك مع التحول الخيار ، فإن شاء البائع فسخ العقد؛ لأن البيع والتسليم كانا ملازمين الإكراه ، وإن شاء أجاز البيع بعد رفع الإكراه ، وبالإجازة يكون العقد لازماً ، فالصورة هذه لها أحوال : أن يتحول العقد من الفاسد إلى الصحيح برفع الإكراه ، مع استمرار حق الفسخ ، ثم إذا أجاز العقد الصحيح تحول إلى اللازم .

والخيار حق للبائع ، حتى بعد القبض وتحول الملكية ، إلا إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفاً غير قابل للفسخ ، مثل الاستهلاك والتلف ، فيمتنع الفسخ ، ويثبت حق المطالبة بالقيمة .

أما إذا تصرف في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ لا يسقط الخيار عن المكره [٢]، والمشتري في هذه الحالة له حق الفسخ قبل القبض ،

---

(١) يوجد في المذهب الحنفي رأي آخر يقول : بأن التسليم طائعاً هو بيع بالتعاطي ، وما تلفظ به في العقد لغو لا عبرة به ، والتسليم عبارة عن إنشاء عقد بالتعاطي . انظر: البدائع ١٨٦/٧ ، ودرر الحكام ٧٣٧/٢ ، ومبدأ الرضا ٤٤٢/١.

(٢) هذه الصورة أحد الأمور التي خالف فيها العقد الفاسد بسبب الإكراه غيره من الأسباب، وعلة الفرق أن العقد تم مع عدم الرضا ، والرضا حق للعبد ، وحق العبد لا يسقط إلا بوجود الرضا .

أما الأسباب الأخرى : ففيها حق من حقوق الله ، فمتى تصرف في المبيع المعقود عليه بعقد فاسد بيعا وشراء فقد تعلق به حق عبد آخر، وإذا تعارض حق الله وحق العبد قدم حق العبد، لأن الله غني عن حقه . فمثلاً البيع مع وجود الجهالة ، رفع الجهالة المنهي عنها حق من حقوق الله ، إلا أنه لما وجد في العقد حق العبد، بأن قبض المعقود عليه وتصرف به ، تعلق به حق العبد وتعارض مع حق الله فقدم حق العبد .

بخلافه بعد القبض ؛ لأنه غير مكره في الشراء فكان طائعا ، فلزم العقد بعد القبض من جهته .

الصورة الثانية : إذا كان المكره ـ بالفتح ـ المشتري :

إذا أكره المشتري على الشراء ، فله الفسخ قبل القبض ، وكذلك له الفسخ بعد القبض ، هذا إذا لم يرتفع الإكراه ، فإن زال الإكراه فللمشتري الخيار بين الفسخ والاجازة ، وبالإجازة يتحول العقد إلى صحيح ، أي : أن نفس العقد الفاسد يتحول إلى صحيح ، لزوال السبب .

أما البائع في هذه الحالة فقد عقد طائعاً وراضياً ، دون إكراه ، فله الفسخ قبل القبض ، أما بعده فإن حقه من الفسخ يسقط .

الصورة الثالثة : إذا كان البائع والمشتري مكرهين معاً :

فإن كان كلاهما مكرهين على البيع والشراء ، فكل واحد منهما له حق الفسخ أو الإجازة ، ولذلك ثلاث حالات :

الأولى : فإذا فسخا معاً وجب الفسخ .

والثانية : إذا أجاز أحدهما فالعقد جائز من طرفه دون الآخر ، فإذا أجاز الآخر ، فقد تمت الإجازة من الطرفين ، والإجازة دليل الرضا ، فيتحول العقد إلى صحيح.

والثالثة : إذا أجاز الأول وفسخ الآخر ، فلا عبرة بالإجازة ؛ لأن الفسخ إزالة للعقد ، والاجازة اثبات له ، والإزالة مقدمة على الإثبات .

وخلاصة ما مضى :

أن كلاً من المشتري والبائع لهما حق الفسخ والإجازة قبل القبض وبعده ، في عقد بيع وجد فيه إكراه ، هذا إذا وقع عليهما الإكراه معاً . وإذا كان أحدهما مكرها والآخر طائعا وراضياً ، فلهما

خيار الفسخ والإجازة قبل القبض ، أما بعد القبض فإن حق الفسخ يستمر للمكره فقط دون الطائع في البيع أو الشراء ، فللمكره حق الفسخ حتى بعد القبض .

وفي كل الحالات والصور متى وجد الرضا من الطرفين أو من أحدهما بأن زال الإكراه ورضي بالعقد ، تحول العقد الفاسد إلى صحيح .

يقول الأستاذ أحمد ابراهيم ـ بعد بيان فساد العقد بالإكراه ـ: " ثم يكون المكره بالخيار بعد زوال الإكراه عنه ، فإن شاء فسخ العقد، وإن شاء أمضاه ، وبالإمضاء يزول الفساد " [١].

فتحول الفاسد بسبب الإكراه يتم عن طريق زوال الإكراه ، فإذا ارتفع الإكراه تحول العقد الفاسد إلى صحيح غير ملزم ، وإنما ترك لصاحبه الخيار ، فيجوز للمكره ـ بالفتح ـ فسخ العقد أو إجازته ، فإذا أجازه علمنا أنه تحول إلى عقد صحيح يتصف باللزوم ، وإذا فسخ علمنا بطلان العقد ، وإما يكون التحول عن طريق الإجازة فقط مع استمرار الإكراه عليه ، بأن رضي بالعقد واقتنع به بعد الإكراه.

إجازة العقد الفاسد بسبب الإكراه :

العقود الفاسدة ـ والتي أثر في فسادها سبب آخر غير الإكراه ـ نجدها لا تتحول إلى عقد صحيح بمجرد الإجازة ، أي: أن الفساد الموجود في العقد لا يرتفع بالإجازة ، ولا يتحول العقد إلى صحيح ؛ وذلك لأن السبب موجود لم يرتفع ، فمثلاً : لو أجاز أحد العاقدين العقد الفاسد بسبب الجهالة ، أو بسبب الغرر ، أو غيره ، لا يصح ولا يتحول إلى عقد صحيح .

---

(١) المعاملات المالية الشرعية ص ٨٧ ، وانظر البدائع ١٨٨/٧ .

وذلك لأنه إذا وجدت الإجازة من قبل العاقدين لم يرتفع السبب المفسد للعقد من جهالة أو شرط فاسد ، فمازال الفاسد موجوداً ومستمراً في إفساده للعقد ، فالإجازة لا ترفع المفسد .

ولأن الإجازة معناها : الرضا على أمر منهي عنه شرعاً ، مخالف لنظام العقد الموجب للفسخ ، والإجازة إقرار للمنهي عنه ، فلم تلحق العقد الإجازة[١].

أما العقد الفاسد بسبب الإكراه ، فإنه يتحول بالإجازة على الصحيح ، وهذه المسألة ، أحد الفروق التي يخالف فيها العقد الفاسد ـ بسبب غير الإكراه ـ غيره من العقود الفاسدة التي وجد فيها الإكراه ، فعقد المكره يجوز بالإجازة ويتحول . والسبب ـ كما ذكرنا ـ أن الفساد في غير الإكراه ، رفعه حق من حقوق الله ، وهذا الحق لا عبرة لإجازة البشر فيه ، فلا يتحول إلا بعد رفع المفسد الذي أفسد العقد .

أما الإكراه فإنه مفسد للعقد إلا أن رفعه من حقوق العبد والبشر، فالإجازة تحول العقد الفاسد إلى صحيح ؛ لإسقاط الحق من قبل صاحبه [٢].

وقد اعتبر فقهاء الحنفية الإجازة من قبيل رفع الإكراه ، وإن وجد الإكراه صورة، فشرط التحول عندهم ليس رفع الإكراه وإزالته ، لا وإنما العبرة الرضا بالعقد ، فكأن الرضا به رفع للإكراه وإن وجد صورة ، يقول الكاساني : "والإجازة : ازالة الإكراه "[٣].

فمعناه أن الإجازة هي الرضا ، ومتى حصلت ووجدت تحول العقد ، وهذا ناتج مما يلي فإذا قلنا :

---

(١) انظر : المدخل الفقهي العام ٢/٧٥٦.

(٢) انظر درر الحكام ٢/٧٣٦.

(٣) البدائع ٧/١٨٨ .

إن شرط صحة البيع وجود الرضا ، وانتفاء الإكراه .

والإجازة إزالة للإكراه ، ـ كما يقول الكاساني ـ .

وإذا زال الإكراه وجد الرضا .

فالنتيجة : أن الإجازة هي الرضا . فيتحول العقد إلى صحيح .

والإجازة أنواع :

النوع الأول : عن طريق القول ، كأن يقول المكره ـ بالفتح ـ: أجزت البيع أو رضيت به .

النوع الثاني: عن طريق الفعل الدال على الإجازة ، فإذا قبض المكره ـ بالفتح ـ الثمن وسلم المثمن ، فيدل هذا الفعل على الإجازة والرضا بالعقد .

يقول الكاساني: " وإذا قال البائع أجزت البيع ، جاز البيع ؛ لأن المانع من الجواز هو الاكراه ، والإجازة إزالة الإكراه .. وكذا إذا قبض الثمن لأن قبض الثمن دليل الإجازة " (١).

والذي نصل إليه : أن إجازة العقد الفاسد ـ بالإكراه ـ تحول العقد الفاسد إلى صحيح ، والإجازة تختلف عن رفع الإكراه ، وإن كان يتحول العقد بهما إلى صحيح. إلا أن الإجازة ـ أي: الرضا ـ قد يوجد مع استمرار الإكراه ، وذلك بأن يرضى المكره بالعقد بعد الإكراه .

فمثلاً لو أكره على أن يبيع بكذا ، وأثناء العقد أو بعده ، رأى ووجد البيع من صالحه وفيه ربح ومصلحة له ، فأجازه ، فالعقد الفاسد يتحول إلى صحيح ، مع أن الإكراه ما زال موجوداً وقائماً بالعاقد.

---

(١) انظر البدائع ١٨٨/٧ .

والإكراه أمر خارجي يمكن الاحساس به ، والرضا أمر معنوي داخلي في نفس العاقد لا يمكن لأحد الاطلاع عليه ، إلا أن الأمر الداخلي جعلت له أمارات تدل عليه ، وأحد الأمارات الإجازة القولية والفعلية .

وسبب فساد العقد ، أن الأمر الخارجي وهو الإكراه منع دلالة الرضا في العقد ، فكان الفساد ، ومتى وجد الرضا ــ أي الأمر الداخلي ــ مع ما يدل عليه من الإجازة ، انتفى الإكراه وإن وجد صورة ، واكتسب العقد قوة التحول من الفاسد إلى الصحيح .

فالرضا عرف عن طريق الإجازة ، فلا عبرة للإكراه حال وجود الإجازة ؛ لأن تأثير الرضا بالإجازة على العقد أقوى من تأثير الإكراه ، فيتحول العقد .

فالإجازة لها قوة تصحيح وتحويل العقد ، مع قيام الإكراه .

وما قيل في فساد عقد البيع بالإكراه ، يقال في باقي العقود من الإجارة والكفالة ، مع اختلاف في بعض المسائل تراجع في مظانها[١].

يقول الأستاذ أحمد ابراهيم بك : " العقود كلها تفسد بالإكراه ، فيفسد به كل من البيع والشراء ، والإيجار ، والاستئجار ، والهبة ، والصلح ، وتأجيل الدَّيْن، وإسقاط الشفعة ، والكفالة ، والحوالة ، والوقف ، وكذا الإقرار ، وإبراء الدائن مدينه ، وإبراء الكفيل بنفس أو مال ، والوصية ، وسائر العقود "[٢].

---

(١) انظر المبسوط للسرخسي ١٠٥/٢٤ وما بعدها ، والبدائع ١٨٩/٧ ، والبناية شرح الهداية ٧١/١٠ ، درر الحكام ٧٤٠/٢ وما بعدها ، مصادر الحق ١٧٥/٤.

(٢) المعاملات المالية الشرعية ص ٨٧ .

والخلاصــة :

تبين لنـا أن العقد الفاسد بـالإكراه يتحـول إلـى صحيـح عـن طريقين:

الأول : إزالة العقد الفاسد ، فمتى ارتفع الإكراه ، تحول العقد إلى صحيح [١].

الثاني : إجازة العقد الفاسد.

المسألة الرابعة:تحول العقد الفاسد ــ بسبب الشرط المفسد ــ إلى صحيح:

لقد علمنا أن الشروط المقترنة بالعقد ـ عند الحنفية ـ أنواع :

ـ منها ما يكون شرطاً صحيحاً ، ويصح معه العقد ، ويوجب التزام العاقد به، وهو الشرط الموافق لمقتضى العقد ، ولم يخالف أمراً من أمور الشارع التي أجازها لمصلحة العاقدين ، فمثلاً إذا اشترط في العقد أن يتم تسليم الثمن قبل المبيع ، فالشرط صحيح والعقد كذلك .

ـ ومن الشروط ما يؤكد مقتضى العقد ، كالرهن والكفيل ، ومن الشروط ما كان من قبل الشارع كشـرط الخيـار مدة معلومـة ، وذلك لمصلحة العاقد ، وهذا شرط ورد الشارع بجوازه ، فلا هو مؤكـد ولا من مقتضى العقد ، ولكنه جاز لوروده من قبل الشارع .

ـ أو شرط تعارف الناس بالتعامل به ، ممـا لا يخـالف مقتضـى العقد .

فكل الشروط السابقة تصح مع العقد ، ويجب الإيفاء بها [٢].

---

(١) يقول قدري باشا في مرشد الحيران مادة ٢٩٨ : " عقود المكره ، لا يتوقف نفاذها على إجازته، بعد زوال الإكراه بل تنفذ بلا توقف ، وتفيد الملك بالقبض ". انظر: مرشد الحيران ص٧٥ .

(٢) انظر : الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ص ٢٤٨.

ـ وقد يكون الشرط باطلا وحده دون العقد ، كشرط فيه منفعة للمعقود عليه من غير أهل الاستحقاق ، أو شرط فيه منفعة لأجنبي عن العقد ، كمن يبيع ثوبا ويشترط ألا يلبسه المشتري إلا في أوقات معينة ، فهذا النوع من الشروط التي لا تؤثر في إبطال العقد ، إلا أن الشرط نفسه باطل وغير معتبر به [١].

ـ وهناك شروط تؤثر في عقود المعاوضات ، بحيث تجعلها فاسدة [٢]، وهي على أنواع :

النوع الأول: شرط فيه غرر :

بأن يشترط أمرا فيه غرر كحلب الشاة عدداً معيناً من الأرطال، أو أن السمسم يخرج مقدارا معينا من الدهن ، أو أن يشتري ناقة وهي حامل ويشترط أن تضع الحمل خلال يوم أو يومين .

فالشرط فاسد مما يجعل العقد معه فاسداً ، ويعلل الحنفية سبب فساد الشرط والعقد بوجود أمرين: الجهالة ، والغرر .

فإذا رفع العاقدان في المجلس الشرط الفاسد عن العقد صح ذلك، وتحول العقد إلى صحيح ، وهذا ما سار عليه الحنفية في فروعهم من أن الفاسد إذا رفع وأزيل من العقد تحول العقد إلى صحيح .

النوع الثاني: شرط محظور :

الشرط الثاني الذي يؤدي إلى فساد العقد أن يشترط أمراً محظورا، كأن يشترط في الكبش النطح ، وفي الديك القتال.

(١) البدائع ١٦٨/٥ ، الملكية ونظرية العقد ، محمد أبي زهرة ص ٢٤٨ ، ونظرية الشرط ، د. حسن الشاذلي ص ٢٠٤ .

(٢) البدائع ١٦٩/٥.

فهذه شروط محظورة في البيع ، إما لضرر أو للتلهي أو لنهي ورد فيها[١].

النوع الثالث: شرط فيه منفعة لأحد العاقدين أو للمعقود عليه ــ إن كان من أهل الاستحقاق ــ:

وذلك كأن يشترط البائع عند بيع دابة أو دار أن يركبها شهراً ، أو أن يسكنها مدة معينة ، أو أن يشتري قماشاً ويشترط عليه أن يخيطه ثوباً ، فهي شروط فاسدة ويفسد العقد معها .

سبب فساد العقد بالشرط الفاسد وكيفية التحول :

ذكرنا فيما سبق[٢] أن سبب فساد العقد بالشرط يرجع لأمرين :

الأول : وجود شبه الربا .

الثاني : أن الشرع لم يرد به ، ولم يتعارف به بين الناس .

فأما الأول : أي السبب الذي جعل العقد فاسداً ، وجود الربا أو شبهة الربا :

فهذا يتحقق فيما لو شرط شرطاً لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة للبائع أو للمشتري ، لأن الزيادة في العقد بدون مقابل ربا .

واشتراط المنفعة في العقد أمر زائد على أصل العقد ، فاحتاج أن يقابل بزيادة حتى يصح ، ولكن إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد ، ولم يقابلها زيادة ، دخل العقد في باب الربا [٣].

فالشرط الذي فيه نفع لأحد العاقدين فيه شبهة ربا .

وكذا اشتراط أمر فيه ربا يفسد العقد ، وقد جاء في البحر الرائق: " إن الربا وسائر البيوع الفاسدة ، من قبيل ما كان مشروعاً

---

(١) البدائع ١٦٩/٥ .

(٢) ذكرنا ذلك ص ٣٢٢.

(٣) البدائع ١٦٩/٥ .

بأصله دون وصفه"[١]، فاشتراط الربا في العقود أو وجوده فيها من مفسداته [٢].

وذلك لأن الزيادة في العقد ، إذا كانت من الربويات ، ولم يقابلها عوض فهي من باب الربا ، والربا يفسد العقد ، وأي عقد ربوي فهو من البيوع الفاسدة عند الحنفية ، إلا أن هذه الزيادة ــ أو الربا ــ تجري على قواعد المذهب في أن الفاسد إذا ارتفع تحول العقد بنفسه إلى صحيح .

فلو اتفق العاقدان على حذف الزيادة ، أو مقابلة الزيادة بعوض في العقد، تحول العقد الفاسد إلى صحيح ، لرفع المفسد . وكذلك تطبق عليه أحكام العقد الفاسد من تحول الملك بالقبض ، فالعوض إذا قبض في عقد فاسد ، فملكيته تتحول مع وجوب رده ، فإذا كان قائماً رده بعينه ، وإذا استهلك رد مثله ، أو قيمته [٣].

فمثلاً : الربوي ، إذا بيع بجنسه يشترط فيه التساوي ، أي المماثلة والتقابض ، والحلول .

فلو اشترى مالاً ربوياً بمال ربوي ، أو بيع نقد بنقد ، ولكنه اختل أحد الشروط ، بأن لم تحقق المماثلة بين الربويين ، أو وجدت

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ، ٢٠٩/٦ .

(٢) لما نبحث في كتب أصول الفقه للحنفية ، نجدهم عندما يتكلمون في باب النهي ويتطرقون للعقد الفاسد المنهي عنه ، فإنهم يمثلون له بالربا ، يقول النسفي : "ولهذا كان الربا وسائر البيوع الفاسدة ، وصوم يوم النحر مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، لتعلق النهي بالوصف لا بالأصل؛ وهذا لأنه لا خلل في ركن البيع وأصله ومحله ، .. وإنما الفساد باعتبار الفضل الذي يعدم المساواة ". انظر: كشف الأسرار لشرح المنار للامام أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفى ١٤٧/١. ط. دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٦م .

وقد جاء في التلويح علىالتوضيح في باب النهي : " وذلك كالبيع بالشرط والربا ، هذه الأمثلة الصحيح بأصله لا بوصفه الذي نسميه فاسداً " ، شرح التلويح عن التوضيح ٤١٢/١.

(٣) انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية ٦٠/٢٢.

المماثلة واختل شرط التقابض في المجلس ، أو وجد فيه شرط الأجل، أو شرط فيه الخيار ثلاثة أيام ، فالصور المفسدة للعقد أربع[1] : إما عدم المماثلة، أو عدم التقابض، أو ضرب الأجل، أو الخيار، والصور الثلاث الأخيرة تعود إلى معنى واحد ؛ لأن عدم التقابض في المجلس واشتراط خيار الشرط معناه التأجيل في التقابض وعدم الحلول .

فاجتمعت عندنا صورتان مفسدتان للعقد: عدم المماثلة والتأجيل.

الصورة الأولى : عدم المماثلة :

علمنا أن عدم المماثلة في عقد ربوي يؤدي إلى فساده ، ويمكن تحوله إلى صحيح عن طريق:

١ ـ إما عن طريق زيادة النقص فيتحول العقد الفاسد إلى صحيح.

٢ ـ وإما بالعكس : بأن يأخذ من الزائد ويضع منه حتى يتساويا .

وهذان الطريقان إذا حصلا في المجلس قبل تقرر الفساد ، فإن العقد يتحول إلى صحيح ؛ لارتفاع المفسد .

وفي حالة عدم التساوي بعد انتهاء مجلس العقد ، استقر الفساد وعليه تطبق أحكام العقد الفاسد الأخرى ، التى منها تحول الملكية مع وجوب فسخ العقد . فإذا استهلك المعقود عليه ، وجب رد قيمته أو مثله .

الصورة الثانية م التأجيل :

شرط العقد الربوي ، أن يكون خالياً من شرط الخيار أوشرط الأجل ؛ لأنهما مخالفان للقبض في المجلس .

---

(١) انظر : البدائع ٢١٥/٥ ـ ٢٢٢ ، وشرح فتح القدير ١٧/٧.

ومع هذا فقد ذهب جمهور الحنفية إلا زفر إلى أن المفسد ـــ أي الأجل في العقد الربوي ـ اذا أزيل تحـول العقد إلـى صحيـح ، وذلـك بشروط :

١ ـ أن تكون إزالة المفسد في المجلس ، أي: مجلس العقد .

٢ ـ أن تكون الإزالة بالتراضي من قبل العاقدين ، أو ممـن لـه خيار الشرط.

٣ ـ أن يتم ـ بعد رفع المفسد ـ القبض في المجلس .

فلو تحققت هذه الشروط في إزالـة المفسد تحـول العقـد ، يقـول الكاساني ـ عند حديثه عن شروط الصرف ـ : " ... ومنها أن يكـون خالياً عن شرط الخيار ، فإن شرط الخيار فيـه لهمـا أولأحدهمـا، فسـد الصرف ، لأن القبض في هذا العقد شرط بقائه على الصحة ، وخيـار العقد يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض ، ولو أبطـل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ، ثم افترقا عن تقابض، ينقلب إلـى الجواز عندنا خلافاً لزفر "[١].

ويقول كذلك ـ عن اشتراط الأجل في بيـع الربـوي ـــ : " فـإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق فنقد ما عليـه ، ثـم افترقـا عـن تقابض ، ينقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر"[٢].

وهـذا الحكـم قـد مـر معنـا تفصيلـه : وذلـك بـأن الفاسـد بـالأجل المجهول يفسد العقد ، وبارتفاع الجهالة يرتفع الفساد ويتحـول العقـد ، سواء حصل ذلك في مال ربوي أو غير ربوي .

أما اشتراط الخيار في بيع الربويات فله نفس الحكم ؛ لأن شرط بيع ربوي بجنسه القبـض ، وأن يتـم العقـد علـى الصحـة ، أمـا خيـار

---

(١) البدائع للكاساني ٥/٢١٩.

(٢) نفس المرجع : وانظر ذلك : البحر الرائق ٦/٣٢١.

الشرط فإنه يمنع إتمام العقد ، ويمنع كذلك صحة القبض ، فجاء مخالفاً لما شرطناه ، ففسد ، ولكنه لما زال الفساد تحول العقد إلى الصحيح .

هذا السبب الأول من أسباب فساد العقد بالشرط ، وهو وجود الربا أو شبه الربا بالشرط المفسد .

أما السبب الثاني لفساد العقد بالشرط: أن الشرط غير متعارف بين الناس، ولم يرد الشارع بجوازه .

الشرط الغير متعارف عليه في البلدة وبين الناس، وجوده سبب لفساد العقد؛ لأنه شرط يؤدي إلى نزاع بين أصحاب العقد ، وذلك لعدم التعارف عليه .

فالشرط الفاسد هو الذي جرى فساده في عرف الناس في القديم، وبمرور الزمن تعارف الناس على صحة ذلك الشرط الذي كان مفسدا للعقد ، وعُمِلَ به ، ورَضِي به الناس وأخذوه بالتداول بينهم ، فهذا الشرط المفسد للعقد يتحول إلى صحيح بعد جريان عرف الناس له بالصحة .

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا : " وبما أن عرف الناس مصحح للشروط التي يتعارفونها في نظر الفقهاء الحنفية ، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً ، إذا تعارفه الناس ، وشاع بينهم اشتراطه ، وهذا توسع حسن في تصحيح الشروط قلما يبقى معه شرط فاسد " [(١)].

فالتحول حصل عن طريق التعارف ، وجرى التعامل بالشرط بين الناس ، وهذه الطريقة التي يتحول فيها العقد ، كأنها إزالة للشرط الفاسد ؛ لأن الشرط الفاسد يؤدي إلى التنازع ، يفسد العقد ، فإذا لم

---

(١) عقد البيع ، مصطفى أحمد الزرقا ص ٣٩٠ ، ط. دار القلم ، ط. الأولى ١٤٢٠هـ /١٩٩٩م ، وانظر كذلك: المدخل الفقهي العام ٢/٩٢٤.

يكن الشرط السابق يؤدي إلى المنازعة بين العاقدين ، فرفع المنازعة رفع للمفسد، وإذا ارتفع المفسد تحول العقد .

وهكذا يؤدي التعارف إلى انتفاء الخصومة الناشئة عن الشرط الفاسد ، ومتى زالت الخصومة بأن تعامل الناس بالشرط ، تحول العقد ، والتحول ليس خاصاً ـ أي: لم يقتصر على العقد ـ وإنما يتجاوز إلى الشرط نفسه ؛ لأن الشرط لما تحول من الشرط الفاسد إلى شرط صحيح متعارف عليه ، تحول معه العقد ، فتحول العقد والشرط إلى صحيح معا بالتعارف بين الناس، حتى لو لم يكن الشرط من مقتضيات العقد ، فإن التعارف يُجَوِّز البيع أو العقد ، ويكون الشرط معتبراً ويجب الوفاء به .

ومن الأمثلة التي ذكرناها : أنه لو اشترى قماشاً على أن يخيطه البائع ثوباً، فالشرط فاسد ، وفسد البيع معه ، ولكن لما تعارف الناس في هذه الأزمنة على العمل بالشرط ، تحول الشرط ـ الذي كان يوما من الأيام ، أحد أسباب فساد العقد ـ إلى صحيح ، ويجب الوفاء به[(١)].

وقد جاء في المجلة في مادة ١٨٨ : " البيع بشرط متعارف ـ يعني: المرعي في عرف البلد ـ صحيح والشرط معتبر ، مثلاً : لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهارة ، والقفل على أن يسمره في الباب ، أو الثوب على أن يرقعه ، يصح البيع، ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط " [(٢)].

وعند الحنفية أن تحول العقد بسبب التعارف بين الناس مقدم على القياس العقلي ، وهذا ما قاله أستاذنا الدكتور:محمد بلتاجي حسن عندما تحدث عما وصل إليه من النتائج التي درسها عن الاستحسان عند أبي حنيفة ، فقال : " تَرْك القياس العقلي للعرف السائد في

---

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٤٠.

(٢) انظر درر الحكام ١/١٥٩.

المجتمع " [1]. فالحنفية يتركون القياس العقلي إذا تعارض مع العرف، ويقدمون العرف وتعامل الناس عليه ، أي: أنه إذا كان القياس مفسدا للشرط ثم للعقد ـ كما في الشرط الغير متعارف به بين الناس ـ فإن حكم اشتراطه قبل تعامل الناس به ، مفسد للعقد ، لأن القياس يقتضي أن العقد بالشرط يؤدي إلى نزاع بين العاقدين ، أو يوجد نفعاً لأحد العاقدين .

والعرف إذا جرى بعد ذلك باستعمال الشرط ، فالعرف يقدم على القياس ويتحول ما كان مفسداً إلى صحيح ويتحول العقد بعدها إلى صحيح كذلك [2].

وقد مثل لنا أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي : " بما إذا اشترى رجل شيئاً من آخر وشرط عليه أن يوافيه به في منزله ، ففي القياس العقد فاسد وهو قول محمد ، وفي الاستحسان جائز، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى"[3].

ووجه الاستحسان لذلك الشرط ، أن الناس والمجتمع قد تعارفوا على مثل هذا الشرط ، فلم يعد الشرط محلاً للنزاع بين الأطراف، فلما انتفى النزاع صح الشرط وتحول العقد إلى الصحيح [4].

فرأينا كيف أن العرف له تأثير في تصحيح وتحويل العقد الفاسد، أو الشرط الفاسد إلى شرط متعارف بين الناس يجب الوفاء به.

والضابط في العرف الذي إذا تعارف الناس به تحول العقد إلى صحيح :

---

(١) مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري لأستاذنا الدكتور محمد بلتاجي ٣٦٠/١. ط. جامعة الإمام محمد بن مسعود .

(٢) انظر ابن عابدين ٢١١/٧.

(٣) مناهج التشريع ٣٦٠/١.

(٤) درر الحكام ١٥٩/١ .

هو العرف الذي لم يخالف نصاً صريحاً بالتحريم والنهي عنه ، لأن العرف متى خالف نصاً ، فالنص المقتضي للتحريم وإفساد العقد مقدم على العرف [١].

فعليه نجد الحنفية قد ضيقوا باب الشرط المفسد للعقد ، ووسعوا في اعتبار العرف ، فنجد المجلة لم تتطرق للشرط المفسد مثلما نصت على الشرط الصحيح في مادة ١٨٦ ــ ١٨٧ من موادها ، وكذلك نجدها نصت على الشرط اللغو في مادة ١٨٩ ، دون ذكر الشروط الفاسدة ؛ لأن باب الشرط المفسد للعقد ، قد ضاق عن طريق التحول إلى الصحيح ، فبمجرد التعارف به بين الناس وعدم معارضة هذا التعارف لنص شرعي يتحول العقد [٢].

ويقول قدري باشا : " لا يصح البيع بالشرط الفاسد ، وهو : ما ليس من مقتضيات العقد .. ولا جرى به العرف .. بل يفسد البيع باقترانه " [٣].

فدل هذا القول على أن الشرط الذي لم يتعارف الناس على العمل به ، وليس من مقتضيات العقد، جَعْلُه في العقد مفسد له ، ولكن إذا تعارف الناس بالعمل بهذا الشرط فلا يوجد مانع من تحول الشرط المفسد إلى صحيح ، ويتحول العقد معه إلى صحيح ، فالعرف عند الحنفية له أهمية كبرى في إفساد العقد ، كما له أهمية لا تقل عنه في تصحيح العقد [٤].

---

(١) انظر المدخل الفقهي العام ٢/٩٢٥ .

(٢) انظر درر الحكام ١/١٥٩.

(٣) انظر : مرشد الحيران مادة ٣٥٠ ، ص ٩٠ .

(٤) وكما للعرف أهمية في تغيير كثير من الأحكام ، له أهمية في سبب الاختلاف بين الإمام أبي حنيفة مع صاحبه في المذهب الحنفي . إلا أن هذا الاختلاف لم يكن على حقيقته ، كما عبر عنه أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي ؛ لأن الحاصل والظاهر لنا أن الاختلاف إنما نشأ في المذهب الحنفي جراء تطبيق قواعد المذهب التي رسمها أصحاب المذهب ، والتي منها : أن الأحكام تتغير على حسب جريان =

فالعرف في المذهب الحنفي لما قدم على القياس العقلي ، فتح لهم مجالاً واسعاً لتحول كثير من العقود الفاسدة بسبب شرط فاسد لم يتعارف عليه إلى عقد صحيح بمجرد التعامل به ، هذا كله مع مراعاة عدم مخالفة النص الشرعي ، وقد وردت صور كثيرة في كتب المذهب ، قد تغير حكمها لتغير الزمان أو المكان ، ومنها: الشرط الغير متعارف عليه المفسد للعقد ، فإذا تعارف الناس عليه فالعقد يتحول إلى صحيح .

والشرط الفاسد الذي يتحول معه العقد إلى صحيح : هو الذي تعامل الناس به وإن كان العقد لا يقتضيه ، وإن كان العقد لا يلائمه ، أو فيه منفعة لأحد العاقدين ، فالشرط بهذه المواصفات، شرطٌ القياسُ يقتضي فساده ، إلا أن العرف حوله إلى الصحيح [1]. والله أعلم .

= العرف . فلما شاهد الصاحبان اختلافا في أعراف وأحوال الناس تغيرت الأحكام المتعلقة بالعرف تبعا لها، وهذا إنما هو من باب تطبيق قواعد المذهب ، ولهذا نجد أن الإمام أبا حنيفة نفسه قد تغيرت عنده بعض الأحكام لتغير الزمان والمكان ، وللمزيد ينظر مناهج التشريع في القرن الثاني . أ.د. محمد بلتاجي حسن ٤٩٠/١.

(١) انظر : نظرية الشرط ، د. حسن الشاذلي ص ١٨٧ .

المسألة الخامسة : تحول العقد الفاسد بسبب الضرر إلى صحيح :

ذكرنا ـ فيما سبق ـ أن الضرر المراد هنا ليس الناشيء عن العقد ـ أي : ليس الضرر المشروط في العقد ـ فلم يكن الضرر أحد أركان العقد ، ولا أحد شروطه ، وإنما الضرر المعني هنا : الذي يظهر وقت تسليم البائع المبيع ، فلا يمكن للبائع أن يسلم المبيع إلا إذا ألحق ضرراً بما يملك .

فمثلاً إذا باع للمشتري الجذع الذي في الجدار، وتم العقد علىذلك الجذع المثبت في الجدار ، أو كان قيام الجدار عليه ، فإذا أراد البائع تسليم ما عقد عليه ـ أي: تسليم محل العقد ـ يلزم منه هدم الجدار وتحطيمه ، والهدم والتحطيم يلحق بصاحبه ضرراً . وكذا إذا باع ذراعاً معيناً من ثوب يضره القطع ، ففي تسليم الذراع ضرر وإتلاف للثوب، وهدر للمال القائم. ففي كلتا الصورتين يلحق بالبائع ضرر، وعليه تقاس المسائل التي لايمكن للبائع التسليم إلا بإلحاق ضرر به[(١)].

فوجود الضرر سبب لفساد العقد عند الحنفية [(٢)]، والضرر لما كان وصفاً خارجيّا عن العقد ، لم يكن باطلاً ، وإنما لحقه الفساد . فالضرر لم يذكر في العقد ، ولم ينص عليه حتى يكون ركناً مذكوراً أو شرطاً معتبراً ، وإنما هو ضرر حاصل لتنفيذ آثار العقد ، وتنفيذ الأثر أمر خارجي عن ماهية العقد ، يقول ابن الهمام ـــ عند ذكره وتعداده البيوع الفاسدة ــ: " منها وجذع في سقف ، وذراع من ثوب ؛ لأنه لا يمكن التسليم إلا بضرر " [(٣)].

---

(١) انظر : البحر الرائق ١٢٣/٦ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢٦/٤ ، الاختيار لتعليل المختار ٢٣/٢.

(٢) انظر : البحر الرائق لابن نجيم ١٣٥/٦، مصادر الحق ١٢٧/٤، والنظريات الفقهية د. محمد الزحيلي ص ١١٨.

(٣) شرح فتح القدير ٤١٣/٦.

وبعد الاتفاق في المذهب على فساد العقد الحاصل منه ضرر عند تسليم المبيع، إلا أن المذهب نفسه يسير على القاعدة التي وضعها في جميع العقود الفاسدة، بأنها تتحول إلى صحيحة بعد إزالة وارتفاع الفاسد ، أي: الضرر .

وتصور إزالة الضرر غير ممكنة؛ لأن الضرر يوجد عند ارادة تسليم المبيع ، فتسليم المبيع معناه وجود الضرر ، ولكن إذا رضي البائع بتحمل الضرر فسلم المبيع ، فان العقد الفاسد يتحول إلى صحيح، وتعبير الفقهاء بأن الضرر قد ارتفع تجاوزُ ؛ لأن الضرر قد وقع وانتهى ، وانتهاؤه معناه زواله ، فعليه يعود العقد صحيحاً لإزالة المفسد ، يقول ابن نجيم : " فلو قطع البائع الذراع ، أو قلع الجذع قبل فسخ المشتري، عاد صحيحا؛ لزوال المفسد "[1].

ولتحول العقد لابد من توافر الشروط التالية :

الشرط الأول: أن يسلم البائع قبل فسخ المشتري [2]، لأنه لو فسخ أحدهما العقد ، لكان العقد باطلاً ، والباطل لا يترتب عليه أي أثر من الآثار . فلا يَلْزَمْ الفاسخ بالعقد، ولا يلزم المشتري باستلام المبيع؛ لأنه قد رفع العقد بأكمله ، أما إذا لم يفسخ العقد ، وقام بتسليم المبيع ، تحول العقد [3].

الشرط الثاني: أن يكون في التسليم ضرر مؤكد منه ، ومُلْحَق بأحد العاقدين ، كأن يتضرر البائع بهدمه للحائط ، أو بقطعه للثوب ، وتسليمه للمشتري ، إلا أن البائع رضي بهذا الضرر .

---

(١) البحر الرائق ١٢٤/٦ ، أو انظر كذلك ابن عابدين ١٨٦/٧ .

(٢) الاختيار لتعليل المختار ٢٤/٢ ، فتح باب العناية بشرح النقاية ٣٣٣/٢ .

(٣) وفي تحول العقد إلى صحيح ـ إذا سلم المبيع ـ خلاف عند الحنفية ، المعتمد عندهم أنه يتحول العقد إلى الصحيح، وقيل على العاقدين تجديد البيع ، وقيل ينعقد البيع بالتعاطي عند التسليم ، انظر البحر الرائق لابن نجيم ١٢٤/٦.

وبهذا الشرط يخرج بيع شيء لا ضرر في تسليمه ، ولا يعيبه التقطيع ، فالعقد من الأصل صحيح ، ولا يوجد تحول في هذه الحالة(١).

يقول ابن نجيم : " وخرج ما لا ضرر في تسليمه كبيع نخل أو شجر على أن يقطعه " (٢).

الشرط الثالث : أن يكون المعقود عليه معيناً ، بأن يقول : بعتك هذا الجذع الموجود في الجدار ، أو هذا الفص المركب في الخاتم .

فإذا تم تعيين المبيع الذي فيه ضرر عند التسليم ، انطبقت عليه أحكام العقد الفاسد ، من استحقاق الفسخ وتحول العقد عند تحمل الضرر وتسليم المبيع ، أما إذا سلم غيره فلا يأخذ حكم العقد الذي تم بين العاقدين ، وإنما قد يكون عقداً بالتعاطي ، أو عقداً جديداً غير الذي مضى ؛ لأن أحد الأركان وهو محل العقد نُصَّ عليه بالعقد وتعين ، فإذا تغير المعقود عليه تغير العقد .

أما إذا لم يعين المعقود عليه ، بأن كان المبيع مجهولاً ، وكان في تسليمه ضرر ، فقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: حيث ذهب الحصكفي (٣) في الدر المختار(٤) : إلى أن المبيع غير المعين لا يتحول صحيحاً ، إذا سلم المبيع وكان في

---

(١) انظر : شرح فتح القدير ٤١٣/٦.

(٢) البحر الرائق ١٢٤/٦.

(٣) الحصكفي : هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن محمد الدمشقي الحنفي ، المعروف بالحصكفي، فقيه ، وأصولي ، ومحدث ، تولى إفتاء الحنفية ، له مؤلفات منها الدر المختار شرح تنوير الأبصار في الفقه، وإفاضة الأنوار في شرح المنار في الأصول توفي سنة ١٠٨٨هـ . انظر : الفتح المبين ١٥٣/٣، ومعجم المؤلفين ٥٦/١١.

(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٨٦/٧ .

تسليمه ضرر ، فعنده العقد يبقى على الفساد ، هو في ذلك قد اتفق مع الطحاوي والمرغيناني[١]، وسبب عدم التحول اجتماع علتين أو سببين: الأول الضرر ، والثاني الجهالة الموجودة في البيع . وحتى لو سلم الجذع أو الثوب لا يتحول العقد عندهم .

والقول الثاني : ما ذهب إليه ابن عابدين في حاشيته من مخالفة ذلك ، حيث رجح جواز تحول العقد عند تسليم المبيع المجهول ، والذي يوجد في تسليمه ضرر .

ووصف الرأي الآخر بأنه ضعيف وقال : " لأن غير المعين معلل بلزوم الضرر والجهالة ، فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة ، ومن ثم جزم في الفتح [٢] بأنه يعود صحيحاً "[٣].

وما رجحه ابن عابدين يتماشى مع قواعد المذهب الحنفي من تحول الفاسد إلى صحيح بزوال المفسد ، وقد تقدم أن العقد على المجهول إذا زالت الجهالة تحول العقد إلى صحيح ، وكذلك إذا اجتمع مع الجهالة ضرر ، مع العلم أن هذا الضرر ليس داخلاً في العقد ولا مشروطاً فيه ، فكان الضرر أقل درجة من الضرر المشروط والمنصوص عليه في العقد ، فلهذا يصح تحول العقد برفع الضرر ، وإن لم يكن المعقود عليه معلوماً بأن كان غير معين .

---

(١) المرغيناني : هو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، من أكابر فقهاء الحنفية ، كما هو محدث ، ومفسر ، له مؤلفات منها : بداية المبتدي وشرحه الهداية ، وكفاية المنتهي . انظر: الجواهر المضية ١/٣٨٣، والأعلام ٥/٧٣ .

(٢) إذا أطلق ابن عابدين في حاشيته (الفتح) ، فالمراد به كتاب فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن محمد بن عبد الواحد السيواسي ، المعروف بابن الهمام ، انظر مقدمة كتاب حاشية ابن عابدين ١/٣١.

(٣) حاشية ابن عابدين ٧/١٨٦.

فالضرر أحد أسباب فساد العقد ، فإذا ظهر ضرر من أجل تسليم المبيع ، ورضي به العاقد فإن العقد يتحول ، لأن الجذع أو الغصن، قد يكونان أغلى ثمناً وقيمة إذا سلمه ، فلو هدم الجدار لإخراج الجذع ، وأتلف الخاتم لأخذ الفص ، وقد رضي بما يحصل به من ضرر ، وسلم المبيع قبل الفسخ ، فبالتسليم يتحول العقد الذي فسد إلى عقد صحيح . وإذا سلم المبيع قبل الفسخ فإن استلامه يلزم المشتري ويجبر على الأخذ [١]، وهذا الجبر لسببين :

الأول : أن البائع عندما رضي بإلحاق الضرر بنفسه أو ماله إنما كان لإتمام العقد ولتسليم المعقود عليه ، فهو تضرر بالهدم وبالإتلاف ، فلا نحمله ضرراً آخر ، من جعل الخيار للمشتري بأن يمضي العقد أو يفسخه؛لأن فسخ العقد من قبل المشتري ـ وخصوصا عند تسليم المبيع ـ فيه ضرر ثان يلحق البائع .

الثاني : والسبب الثاني في إجبار المشتري على أخذ المبيع ، أن المشتري كان له حق الفسخ قبل إلحاق الضرر بالبائع ، وهذا حق ثابت في كل عقد فاسد ، فلما امتنع عن الفسخ مع جواز استعمال حقه في الفسخ ، قبل إلحاق الضرر بالبائع ، عاملناه بالضد بعد وقوع الضرر ، وتسليم المبيع إليه ، فيجبر على الأخذ في الحالة هذه .

نعم قد يثبت له خيار آخر من العيب أو الشرط أو غيره ، فيتم الفسخ عن طريقه لا عن طريق الحق الموجود في العقد الفاسد قبل أخذ المبيع .

---

(١) انظر حاشية أحمد شلبي على شرح تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٤٧ ، والبدائع ٥/١٦٨.

والخلاصـــة :

أن الضرر اللاحق بصاحبه من أجل تسليم المبيع ، إذا رضي به وسلم المعقود عليه ، تحول العقد ـ بعد أن كان فاسدا ـ إلى عقد صحيح ، ويلزم المشتري القبول ، ويبين لنا ابن الهمام سبب التحول في هذا البيع بقوله : " وإنما يفسد للزوم الضرر ، فإذا تحمله البائع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح ، لأن الغرض أن البيع قائم لكن بوصف الفساد ، فإذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد، وهو معنى الصحيح ، فهذا معنى قولهم: انقلب صحيحا " [١]. ويوجد سبب واضح في تحول العقد ، وهو قيام العقد وانعقاده على صفة منهي عنها افسدت العقد ، فإذا زالت هذه الصفة تحول العقد .

خلاصة المبحث :

بعد الانتهاء من هذا المبحث ، نلقي نظرة عامة على الدراسة التي قدمنا فيه :

أولاً : بالنظر إلى العقد نجد أن له شروطا كثيرة ، تختلف باختلاف الاعتبارات المتعددة، ومن أهمها : شرائط الانعقاد وشرائط الصحة ، والخلل في شرائط الإنعقاد يوجب البطلان ؛ لأن فقد أحد شروط الانعقاد معناه عدم انعقاد العقد ، وإذا لم ينعقد فهو إلى الباطل أقرب ، أما الخلل في شرائط الصحة ، فإن فقد أحدها يؤدي إلى عقد فاسد لا إلى عقد باطل . وقد ذكرنا قول الكاساني : " البيع الفاسد هو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة"[٢]. فالفاسد سببه تخلف أحد شروط الصحة.

---

(١) شرح فتح القدير ٤١٤/٦ .
(٢) البدائع ٢٩٩/٥ .

ثانياً : أن الخلل الواقع في العقد ، إنما هو وصف خارجي لم يمس أصل العقد الممثل بالركن ومقوماته ـــ من العاقدين والمحل ـــ والفساد في العقد عبارة عن أوصاف جاء نهي الشارع عنها ، وهي خارجة عن الأصول التي ذكرناها، ولهذا جاء تعريف الفاسد بأنه: ما شرع بأصله لا بوصفه.

ثالثاً : أن العقد الفاسد ـــ وإن وجد فيه خلل ـــ منعقد ؛ لتمام أركانه وتوافرها ، مما أعطى للعقد وجوداً وسبباً للقيام والانعقاد . فهو عقد موجود وله أصل ثابت متصل بالصحيح ، فلولا الوصف المتعلق به لكان صحيحاً.

رابعاً : أن الفاسد له أسباب تتعلق به ، وهي الأوصاف التي تجعله فاسداً ، وهذه الأسباب هي:

١ ـ الجهالة .

٢ ـ الشرط المفسد .

٣ ـ الإكراه .

٤ ـ الغرر .

٥ ـ الضرر .

فمتى اتصل عقد بأي منها فسد ، وقد ذكرنا قول ابن الهمام : " ثم الفاسد يثبت بأسباب منها الجهالة المفضية إلى المنازعة .. ومنها العجز عن التسليم إلا بضرر .. ومنها الغرر ، والشرط الفاسد ، وكون البيع من البائع بما هو من جنس ثمن المبتاع به وهو أقل منه قبل نقد الثمن " (١).

---

(١) فتح القدير ٤٠٢/٦ ، عقد البيع للزرقا ص ٣٧ ، نظرية العقد ، أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٦٦.

خامساً : أن العقد الفاسد ، الأصل فيه أن يفسخ للنهي المتعلق به ، فإذا لم يرفع منه النهي واستمر على فساده ، جاز أن يحدث فيه تحول للملكية عن طريق القبض ، فإذا تم قبض المعقود عليه في العقد الفاسد وهذا القبض كان برضا البائع وإذنه ، فإن الملكية تتحول من البائع إلى المشتري ، إلا أنه مستحق للفسخ ، فالمطالبة بالفسخ لم تسقط بعد .

إلا أن للمالك الجديد الذي تحول إليه المعقود عليه التصرف فيه مطلقاً ـ وهذا ما رجحناه ـ من استهلاك أو بيع ، أو هبة ، أو إعارة أوغيرها . وإذا تصرف فيه بأن أخرجه من ملكه أو استهلكه ، فحق الفسخ والمطالبة به يسقط ، وعليه يثبت ويستقر الملك المتحول ، إلا أن الثمن يقدر بمثله لا بما سمي في العقد الفاسد .

سادساً : أن أسباب الفساد لما كانت وصفاً خارجيّاً عن العقد ، فمتى زالت هذه الأسباب الخارجية ، تحول العقد من فاسد إلى صحيح، وهذه القاعدة اتفق عليها جمهور الحنفية من أن العقد الفاسد ـ بارتفاع المفسد منه ـ يتحول إلى صحيح ، وقال الدكتور محمد أحمد سراج ـ وهو يبين لنا كيفية تحول العقد الفاسد ـ : " إمكان زوال العقد الفاسد بزوال سببه " (١).

فمن خلال المسائل التي تمت دراستها نرى أن الفقهاء قد نصوا على أن العقد الفاسد متى أزيل المفسد منه يتحول إلى صحيح، وهذا موافق للقاعدة التي أثبتناها من نقل الكرخي عن أصحاب المذهب الحنفي عندما قال : " إن سائر البياعات الفاسدة ، تنقلب جائزة بحذف المفسد ". أي : برفع أسباب الفساد يتحول العقد إلى صحيح .

ففي الجهالة المفضية إلى النزاع ، إذا أزيلت ـ عن طريق : الإشارة إلى المبيع أو عن طريق تعيين الخواص التي تميزه عن

---

(١) نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق ص ١٧٧ .

غيره، أو عن طريق الإشارة إلى مكان وجود المبيع ، أو العلم بـه ، أو بيان الجنس ـ يتحول العقد الفاسد إلـى صحيـح ، وهكذا فـي بـاقي الأسباب كالغرر ، والإكراه ، والشرط المفسد ، والضرر .

والسبب في تحول العقد الفاسـد إلـى صحيـح : أن النهـي الواقـع على العقد لا لذاته وإنما لغيره ، وهذا الغـير هـو الأسـباب الخارجيـة المفسدة له ، فمطالبة الشارع لرفع العقـد ، إنمـا هـو لغـيره لا لعينـه ، ولهذا لو زال هذا الغير عن ذات العقد تحول العقد إلـى صحيـح ؛ لأن الذات لم يتعلق بها ما يبطلها.

الفصل الثالث

تحول العقد الموقوف

تحول العقد الموقوف إلى نافذ

تمهيـد :

قسم الفقهاء العقد تقسيمات عديدة كما علمنا ، وذلك لاختلاف نظرتهم إليه .

ومن هذه التقسيمات ، التقسيم باعتبار إقرار الشارع وعدم إقراره للعقد ، وهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى:صحيح وهو الذي أقره الشارع ، وإلى:باطل أو فاسد وهو الذي لم يقره الشارع .

والعقد الصحيح إذا ترتبت آثاره سمي بالنافذ ، وإذا انعقد صحيحاً ، بينما توقفت آثاره على شيء آخر سمي بـ:العقد الموقوف .

والنافذ قد يكون لازماً ، وقد يكون جائزاً .

فكل هذه التقسيمات بينها تحول ، فالباطل والفاسد يتحولان إلى صحيح كما رأينا ، والموقوف يتحول إلى نافذ ، واللازم يتحول إلى جائز والعكس .

وبعد الانتهاء من الباطل والفاسد وتحولهما إلى الصحيح ، نأتي لدراسة العقد الصحيح وتقسيماته وصور التحول الحاصلة فيه .

والعقد حتى ينعقد ويتم لابد له من استكمال شروط الانعقاد [١]، وإذا وجدت تم العقد وانعقد ، ثم لتلافي البطلان لابد من استكمال شروط الصحة ، فإذا وجدت شروط الانعقاد والصحة كان العقد منعقداً وصحيحاً ، إلا أن آثاره لا تنفذ حتى تتوافر شروط النفاذ في العقد.

---

(١) شروط الانعقاد :
١) كون العاقد أهلا للتعاقد ، بتوافر أهلية الأداء .
٢) توافق الإيجاب والقبول .
٣) كون محل العقد قابلاً للحكم الشرعي .
انظر: الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٧٥، ضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ص٢٨٥ .

وللنفاذ شرطان [1]:

الأول: شرط الولاية على محل العقد .

الثاني: شرط ملكية محل العقد .

وهذان الشرطان لابد من توافر أحدهما حتى يكون العقد نافذاً ، وبفقدهما يصبح العقد صحيحاً إلا أنه موقوف ، وحتى يتحول إلى نافذ لابد من الإجازة .

فإذا أجيز العقد نفذ ، وحتى يلزم لابد من خلوه من الخيارات التى تحول العقد اللازم إلى جائز .

وفى هذين المبحثين نتطرق إلى تحول العقد الموقوف إلى نافذ ونستعرض اتجاهات الفقهاء في مدى جواز تحول العقد الموقوف إلى نافذ ، ونذكر أسباب وقف العقد على إجازة الغير. وأما تحول العقد اللازم إلى جائز والعكس فسيكون موضوع الفصل الرابع من هذا البحث .

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم ، ص ١١٥ .

المبحث الأول

اتجاهات الفقهاء في مدى جواز تحول العقد الموقوف إلى نافذ

تعريف العقد النافذ والعقد الموقوف :

العقد النافذ هو : "العقد الصحيح الصادر من أهله ، مضافا إلى محله ، وسلمت أوصافه من الخلل ، وكان صدوره عمن له ولاية على العقد" (١).

ومتى اكتسب العقد هذه الصفات ترتبت آثاره مباشرة دون توقف على إجازة أحد ، فإن كان من العقود اللازمة ولم يوجد فيه خيار، لم يملك أحد فسخه، أو الرجوع عنه ، ويجب تنفيذ آثار العقد كانتقال الملكية : الثمن للبائع والمثمن للمشتري.

وإن كان من العقود الجائزة أو وجد خيار فى اللازم منها ، نفذت آثاره مع استمرار حق الفسخ ، أو تنتهى مدة الخيار المضروبة في العقد (٢).

أما العقد الموقوف فهو : " ما صدر عن أهله مضافاً إلى محله مع سلامة أوصافه ، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد ، كعقود الفضولى وبيع ناقص الأهلية " (٣).

فتخلف شرط النفاذ يجعل العقد موقوفاً عند الجمهور على إجازة صاحبه ، فإن أجاز صاحب العقد صح ، وانطبقت عليه أحكام العقد

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، لأبي زهرة ص ٣٧٩ .

(٢) انظر مادة ١٠٣ من مجلة الأحكام العدلية ، درر الحكام ١/١٠٩ .

(٣) درر الحكام ١/١٠٨ مادة ١١١ ، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٧٩ ، والملكية ونظرية العقد د. أحمد فراج حسين ص ٢٧٥ ، ط. دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٩٩م .

الصحيح ، وإن لم يجز كان للباطل أقرب [١].

وفى هذا المبحث سوف ندرس المسألة بشكل مختلف بعض الشيء ، حيث نتطرق أولاً إلى مدى جواز تحول العقد الموقوف إلى نافذ عند الفقهاء .

هل يتحول العقد الموقوف إلى نافذ بعد الإجازة ؟

فضلت أن أبدأ بالإجابة عن هذا السؤال أولاً ، لأنه إذا أثبتنا تحول العقد الموقوف إلى نافذ ، أثبتنا وجود العقد الموقوف وصحته.

والفقهاء قد اختلفوا فى مدى جواز تحول الموقوف إلى نافذ ، وسبب الاختلاف النظر إلىالعقد الموقوف : فمن عده عقداً صحيحاً تخلف عنه شرط من شروط نفاذه ، أجاز التحول بشرطه ، ومن عده عقداً باطلاً لا أثر له منع تحوله . فعلى هذا ظهر لنا اتجاهان فى جواز تحول العقد الموقوف إلى نافذ .

---

(١) نجد العقد الموقوف يشبه العقد الباطل فى بعض أحكامه ، فمشابهته للباطل تكون بعدم ترتب أي أثر من آثار العقد ، فالموقوف والباطل كل منهما لا يصح إمضاء حكم العقد عليهما من خلال تطبيق الآثار، إلا أن الموقوف لا تترتب آثاره لأنها موقوفة على إجازة الغير ، وآثاره تظهر بعد الإجازة ، أو تلتحق بالباطل لعدم الإجازة . .

أما الباطل فعدم ترتب آثاره ؛ لأنها معدومة وغير موجودة ، فهى لا تقبل الإجازة مطلقاً.

ولم نقل: إن العقد الموقوف فاسد؛ لأنه وإن اتفق مع الفاسد فى اختلال بعض أوصافه إلا أنه تتحول الملكية فيه بعد الإجازة ، ولا أثر للقبض فى انتقال الملكية قبلها ، والفاسد إنما تتحول الملكية فيه بمجرد القبض ، وإن استمر العقد على فساده .

انظر درر الحكام لعلى حيدر ١٠٩/١ ، نظرية العقد والتعسف فى استعمال الحق، أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٨٤ .

الاتجاه الأول :

رأى أن تخلف شرط من شروط النفاذ يجعل العقد صحيحاً ، إلا أنه موقوف ، ولا يتحول إلى نافذ إلا بالإجازة .

كبيع الفضولي ، أو الصبي المميز ، فإن بيع الفضولي يتوقف تنفيذه على إجازة صاحبه ، وبيع الصبي المميز يتوقف على إجازة الولي، أو الوصي، أو القاضي ، فإذا لم توجد الإجازة من قبل المالك، أو ممن له ولاية ، فالعقد باطل ولا يترتب عليه أي أثر من آثاره .

وهذا الاتجاه ذهب إليه كل من الحنفية [١]، والمالكية [٢]، وهو القول القديم للشافعية [٣]، وإحدى روايتين عن الإمام أحمد [٤].

واستدلوا لرأيهم بما يلي :

(١) قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [٥].

(٢) قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾ [٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢٣٢/٧ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢٤٥/٦ ، المبسوط للسرخسي ١٥٣/٣ ، البدائع ١٤٨/٥ ـ ١٤٩ ، مجلة الأحكام مادة ١١١ ، درر الحكام ١٠٨/١ .

(٢) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٢٧١/٤ ، شرح الخرشي ٢٨٤/٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٨/٤.

(٣) الوسيط في المذهب للغزالي ١٢/٣ ، التهذيب للبغوي ٥٥٢/٣ ، روضة الطالبين للنووي ٣٤٣/٣ ، الكلام في بيع الفضولي ، للإمام صلاح الدين العلائي ص ٢٨، تحقيق د.محمد المسعودي ، ط. دار عالم الكتب .

(٤) الكافي لابن قدامة ٤/٢ ، المبدع في شرح المقنع ٦/٤ ، حاشية الروض المربع ٣٤٠/٤.

(٥) سورة البقرة : الآية ٢٧٥ .

(٦) سورة النساء : الآية ٢٩ .

فالآيتان أباحتا هذا النوع من التصرف ، ووجه الدلالة في الآيتين :

أن الله تعالى شرع لنا العقود الناقلة للملكية ، وأجازها من غير تفصيل، فيجوز إيجاد العقد من قبل العاقد عن طريق الأصالة ، كما يجوز إجراء العقد عن طريق الوكيل في الابتداء أو في الانتهاء عن طريق الإجازة من المالك ، وكذلك تدل الآيتان في عمومهما على جواز وجود الرضا بعد العقد كما يجوز وجوده عند العقد في الابتداء، فالعمل بعموم الآيتين إلا إذا جاء دليل يخصص هذا العموم (١).

وعليه فالعقد الذي لم يستوف شروط النفاذ ، ينعقد صحيحاً إلا أنه موقوف على استيفاء الشروط ، واستيفاء الشروط إنما تكون بالإجازة ، فإذا وجدت الإجازة تحول الموقوف نافذاً .

(٣) ما روي عن النبي ﷺ : أنه دفع ديناراً إلى عروة البارقي ﷺ ، وأمره أن يشتري له أضحية ، فاشترى شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار ، وجاء بدينار وشاة إلى النبي ﷺ ، فدعا له بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام) : " بارك الله في صفقة يمينك " (٢).

ووجه الدلالة : أن عروة البارقي أمر من قبل النبي ﷺ أن يشتري شاة ، فاشترى شاتين ثم باع إحداهما ورجع بدينار وشاة،فلو لم يصح تصرفه لما أقدم عروة على شراء الشاتين ثم بيع إحداهما ، ولما دعا النبي ﷺ له بالبركة ، فلو كان تصرفه غير صحيح لرده النبي ﷺ ، ولكنه أقر العقد والتصرف معاً .

---

(١) انظر : البدائع ١٤٩/٥ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣٨/٩.

(٢) رواه الإمام الترمذي في سننه كتاب البيوع عن رسول الله ﷺ ، بدون ذكر اسم الباب ، رقم ١٢٥٨ ، ٥٥٩/٣ .
ورواه ابن ماجه ، بدون زيادة " بارك الله في صفقة يمينك ، باب الأمين يتجر فيربح ، رقم ٢٤٠٢ ، ٨٠٣/٢ .

فالتصرف والعقد صحيحان ، إلا أنهما موقوفان ، ويتحولان إلى النفاذ بعد الإجازة .

(٤) استدلوا بالقياس : حيث قاسوا العقد الموقوف على الوصية بالمال ممن عليه دين أكثر من الثلث ، فالوصية عقد صدر من أهله ووقع في محله ، فلا نبطل العقد ولا نرتب عليه أثراً ، وإنما نجعل العقد موقوفاً على إجازة الدائن أو الورثة . وكذلك يقال في ترتب آثار العقد الموقوف ، بجامع أن كليهما تصرفان قد صدرا ممن له أهلية إجراء العقود ووقعا في محلهما، فلا نبطلهما ولا نرتب عليهما الآثار، بل نجعل العقد موقوفاً على إجازة من له الحق .

فعلى هذا تقاس العقود التي اختل فيها شرط النفاذ ، بأن تجعل العقود موقوفة على إجازة صاحبها ، وبالإجازة يتحول العقد إلى نافذ[1].

(٥) أنه لما صدر العقد من شخصية لها اعتبارها الشرعي ـ أي شخصية اعتبارية في إنشاء العقود ـ قلنا بوجود العقد الصادر منها، إلا أن محل العقد ملك لشخص آخر أو تعلق به حق شخص آخر، فوجد مانع من تنفيذ آثار العقد ، والمانع هو عدم العلم برضا صاحب محل العقد ، بمعنى أننا لا نعلم إرادة المالك وقبولها لإنشاء العقد ، فعليه أوقفنا العقد عن التنفيذ حتى يُرفع المانع ، فإذا أجاز المالك العقد ـ بأن رضي به ووافق على استمرار العقد ـ قلنا: إن العقد يتحول من الموقوف إلى النافذ ، ولا يحتاج المالك إلى إجراء عقد جديد بصيغة جديدة .

(٦) أن الضرر المتوقع حصوله في العقد من انتقال الملكية دون وجود الرضا من قبل صاحبها ـ أو ممن له حق فيها ـ منتف وذلك لأن العقد الموقوف معناه عدم سريان الآثار بانعقاده ، وعدم

---

(١) البدائع ١٤٨/٥ ، المبسوط ١٥٤/١٣ .

سريانها معناه عدم انتقال ملكية محل العقد ، فانتفى الضرر ، وعليه لا ضرر في انعقاد العقد إذا كانت آثاره متوقفة على الإجازة ، فمتى وجدت الإجازة انتفى الضرر المانع وتحول العقد [١].

(٧) أن العقد الناقل للملكية يبطل إذا خلا عن الحكم شرعاً ، ولكن إذا تأخر الحكم عنه فلا يبطل ، لأن الحكم تارة يتصل بالعقد وتارة يتأخر ، وهذا قياساً على البيع بشرط الخيار ، فكل من العقد الموقوف والبيع بشرط الخيار يتأخر الحكم فيه حتى تتم الإجازة في الموقوف من المالك ، والاختيار في الشرط من قبل صاحبه [٢].

الاتجاه الثاني :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن العقد الموقوف باطل ، ولا أثر له ، ولا يتوقف العقد على إجازة أحد .

ومعناه : أن بيع الفضولي غير صحيح وغير منعقد ، وكذا بيع الصبي المميز ، أو بيع شيء تعلق به حق الغير .

وهذا الاتجاه ذهب إليه الإمام الشافعي في مذهبه الجديد [٣]، وهو رواية عن الإمام أحمد هي الراجح عندهم[٤]، ورأي الإمام ابن حزم[٥]،واستدلوا لرأيهم بمايلي:

(١) قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا﴾ [٦].

---

(١) المبسوط ١٥٥/٣ ، البحر الرائق ٢٤٧/٦ .
(٢) انظر : المرجعين السابقين.
(٣) الوسيط للغزالي ١٢/٣ ، المجموع للنووي ٣١٢/٩، مغني المحتاج ١٥/٢ ، الكلام في بيع الفضولي للعلائي ص ٢٨ .
(٤) الكافي ٢٠/٢ ، المبدع في شرح المقنع ١٨/٤ ، حاشية الروض المربع ٣٤٠/٤ .
(٥) المحلى لابن حزم ٤٣٤/٨.
(٦) سورة الأنعام . الآية ١٦٤.

ووجه الدلالة في الآية : أن التصرفات الصادرة من كامل الأهلية أو ناقص الأهلية، إنما تكون في الأصل لنفسه ، ولا تكون لغيره إلا بوجود الإذن من صاحبها ـ أي : من المالك الأصلي ـ فإذا انعدم الإذن دل على أن التصرف الذي قام به العاقد لنفسه لا لغيره ، وإذا عقد لغيره بدون إذنه فهو عقد باطل بالآية السابقة .

(٢) حديث حكيم بن حزام ﷺ ، قال : سألت رسول الله ﷺ فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي ، أ أبتاع له من السوق، ثم أبيعه منه ؟ فقال : " لا تبع ما ليس عندك " (١).

(٣) ما رواه البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ : أرسل عتاب بن أسعد إلى أهل مكة وأن أبلغهم عن أربع خصال : " أنه لا يصلح شرطان في بيع ، ولا بيع وسلف ، ولا بيع ما لا يملك ، ولا ربح ما لم يضمن " (٢).

ووجه الدلالة في الحديثين أن : العقود الموقوفة على إجازة صاحبها ــ أو إجازة الولي ، أو من هو في مقامه ــ هي من التصرفات المنهي عنها ؛ لأنها من باب بيع ما ليس عندك ، أو بيع ما لا يملكه الشخص .

(٤) وقاسوا التصرفات الموقوفة على إجازة صاحبها من بيع وغيره على بيع الغرر ـ كبيع السمك في الماء والطير في الهواء ــ

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب:البيوع)باب:في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم ٣٥٠٣ ، ٢٨٣/٣ ، والبيهقي في سننه الكبرى ، كتاب:البيوع ، باب:النهي عن بيع ما ليس عندك ، حديث رقم (١٠٨٥٥) ، ٥٠٤/٥.

(٢) رواه الترمذي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، مع بعض التقديم والتأخير فقط ، كتاب:البيع/باب:ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك رقم (١٢٣٤) ٥٣٥/٣، رواه البيهقي في سننه الكبرى ٢٣٩/٥ ، كتاب:البيوع)باب: النهي عن بيع ما ليس عندك ، حديث رقم (١٠٦٣٨)

فالجامع بينهما عدم القدرة علىٰ التسليم ، فحصل الضرر المنهي عنه، فبطل العقد [١].

الراجـــح :

والراجح ـ لدي ـ الاتجاه القائل بتحول العقد الموقوف على إجازة الغير بالإجازة إلى نافذ ؛ وذلك لما يلي :

(١) أن العقد الموقوف من العقود الصحيحة إلا أنه احتاج لاستكمال بعض شروطه ، فمتى استكملها تحول العقد إلى نافذ .

(٢) أن العقد الذي تم لا تترتب عليه آثاره إلا بعد الإجازة ، والملكية في المعقود عليه لا تنتقل للآخر إلا بتوفر الإجازة .

(٣) قد توجد مصلحة عظيمة للطرفين ـ بأن يوجد في العقد ، ربح كبير، أو فائدة متحققة ـ وهذه الفرصة قد لا تتوفر في وقت آخر، فعليه نجيز انعقاد العقد مع توقفه على إجازة صاحبه أو الولي ، فإن رضي بالعقد بأن رأى المصلحة متحققة والربح عظيم ، تحول العقد إلى نافذ ن وإلا أبطلناه .

---

(١) انظر المجموع للنووي ٣١٧/٩.

المبحث الثاني
أسباب وقف العقد على إجازة الغير

عندما ننظر إلى الفقهاء في عدهم وحصرهم لأسباب وقف العقد نجدهم بين إفراط وتفريط ، حيث نجد منهم من أكثر من عد الأسباب حتى أوصلها إلى ثمانية وثلاثين سبباً [١].

ومنهم من جعلها ثلاثة أسباب [٢].

ومنهم من أرجع هذه الأسباب كلها إلى سببين رئيسيين ، وجعل الباقي صوراً وتطبيقات لها [٣]، وهو ما يمكن أن نأخذ به هنا ، ليسره وسهولته :

فالسبب الأول لوقف العقد : نقصان الأهلية .

الأهلية في اصطلاح الفقهاء هي : صلاحية الإنسان لما يجب له من الحقوق، وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة من المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه "[٤].

والأهلية نوعان :

الأول : أهلية وجوب [٥]: وهي نوعان : أهلية وجوب ناقصة ، وهي التي تثبت قبل ولادة المكلف ، حال كونه جنيناً وقبل انفصاله .

وأهلية وجوب كاملة : وهي التي تثبت لكل إنسان يولد حيّاً ، وتبقى مدة بقاء حياته فتثبت له الحقوق ، وتجب عليه الواجبات .

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٢٣٩/٧.

(٢) انظر : نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق أ.د. محمد أحمد سراج ص ٧٠. والمدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان ، ص ٤٤٧ .

(٣) مصادر الحق ، د. السنهوري ١٧٨/٤ ، المدخل الفقهي العام د. مصطفى الزرقا ٥٠٣/١.

(٤) انظر : عوارض الأهلية عند الأصوليين د. حسين خلف الجبوري ص ٧١ ، ط. جامعة أم القرى.

(٥) أهلية الوجوب هي : صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه .

النوع الثاني : أهلية أداء [١]: وهي ثلاثة أنواع :

الأول : كون الإنسان عديم الأهلية للأداء أصلاً ، وهو من سن الولادة إلى التمييز.

الثاني: أهلية أداء ناقصة ، وهي من دخول الإنسان في سن التمييز إلى أن يبلغ الحلم .

الثالث: أهلية أداء كاملة ، وتكون لمن بلغ سن الرشد عاقلاً .

والذي يخصنا في هذا البحث : أهلية الأداء الناقصة .

فالعقود التي تصدر من ناقص الأهلية للأداء ، إما عقود فيها نفع محض وإما عقود فيها ضرر محض ، وإما عقود مترددة بين النفع والضرر .

فالعقود التي فيها نفع محض جائزة وصحيحة ، كقبول الهبة والوصية ، فتصح العقود ، ويعتبر القبول من قبل القاصر ، ولا يحتاج هذا القبول إلى إذن الولي [٢].

والعقود الملحقة بناقص الأهلية ، ضرراً محضاً باطلة ولا تنعقد أصلاً ، حتى لو أجاز الولي أو الوصي فلا عبرة بالإجازة [٣].

أما العقود المترددة بين النفع والضرر ، كالبيع والإجارة ، فإنها تنعقد ولكنها موقوفة على اجازة الولي ، فإن أجاز نفذ العقد ، وإن لم يجزه بطل العقد ، ولا أثر لانعقاده .

فالعقد الذي يصدره ناقص أهلية الأداء ينعقد صحيحاً ؛ لأن عبارة المميز صالحة لإنشاء العقود ، ولما كانت هذه العبارة محدودة

---

(١) أهلية الأداء هي : صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه ، على وجه معتبر شرعاً . انظر عوارض الأهلية ص ١١٣.

(٢) انظر : أحكام المعاملات ، علي الخفيف ص ٢٦٤ ، ومصادر الحق ١٨٠/٤.

(٣) انظر : المراجع السابقة نفسها، ونظرية العقد والتعسف في استعمال الحق ، أ.د. محمد أحمد سراج ، ص٧٠ .

القدرة على التمييز جعلنا كل تصرف صدر ـ من عقد وغيره ـ دائراً بين النفع والضرر ، موقوفاً على الإجازة ، ولما رجحنا تحول العقد الموقوف إلى نافذ بالإجازة ، قلنا: إن عقد ناقص الأهلية يتحول من الموقوف إلى نافذ بإجازة وليه ، أو وصيه ، أو القاضي . وهذا ما ذهب إليه الجمهور [١].

وخالفهم الشافعية [٢] حيث قالوا : إن عقد الصبي المميز لا ينعقد سواء أذن له الولي أو غيره ؛ لأن الصبي فاقد الأهلية ، فلا يصح إجراء العقود حتى يتصف بالبلوغ والرشد ؛ لأن إجازة العقود للصبي المميز معناه إعطاء الأموال لهم ، وهو منهي عنه شرعاً للآية ﴿ وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ الَّتِي جَعَلَ ا لله لكم قِيَامًا﴾ [٣] والنهي في الآية يستلزم بطلان التصرفات من عقد وغيره ، فبطل كل عقد يصدر من المميز [٤] لعدم أهليته لذلك ، يقول الإمام الغزالي : " وأهلية المعاملات تستفاد من التكليف ، فتصرفات الصبي والمجنون بإذن الولي ودون إذنه وبالغبطة والغبينة باطلة " [٥].

فعقود الصبي المميز عند الجمهور موقوفة على إجازة الولي إذا كانت دائرة بين النفع والضرر ، وبالإجازة تتحول إلى النافذة وهو الراجح.

---

(١) البدائع ١٣٥/٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦/٤ ، والقوانين الفقهية ص ١٤٩ ، وحاشية الروض المربع ٣٣٣/٤ ، والمبدع في شرح المقنع ٨/٤.

(٢) المجموع ١٨١/٩ .

(٣) سورة النساء : الآية ٥ .

(٤) انظر الوسيط للغزالي ١٢/٣ ، المجموع ١٨٨/٩ ، مغني المحتاج ٧/٢ .

(٥) الوسيط ١٢/٣.

السبب الثاني من أسباب وقف العقد على إجازة الغير : تعلق حق الغير بمحل العقد .

ومعنى تعلق حق الغير: أن المعقود عليه ارتبط ارتباطاً شرعياً بمالكه ، أوبالمرتهن ، أو بالمستأجر ، وهذا التعلق بالمعقود عليه لا يمكن لأحد فكه وإزالته إلا عن طريق الإجازة . ولهذا التعليق الصور نتحدث عنها :

الصورة الأولى: تصرف الفضولي :

الفضولي هو من يتصرف في حق الغير بغير إذن ولا ولاية[١]، يقول الأستاذ محمد أبو زهرة : " الفضولي هو من يتصرف تصرفا شرعيًا ، ليست له ولاية عليه، كمن يبيع ما لا يملك من غير ولاية أو وكالة ، وكمن يشتري لغيره شيئاً لم يوكله في شرائه وليست له عليه ولاية الشراء ، وكمن يؤجر ملك غيره ، وهكذا كل العقود ، وسائر التصرفات التي يتصرفها الشخص في شيء من غير ولاية أو وكالة فيها ، فيعتبر فضوليًا في تصرفه " [٢].

فكل تصرف فضولي آثاره متوقفة ـ أي:موقوفة على إجازة الغير، ولما رجحنا أن العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح ، إلا أن آثاره متوقفة على إجازة الغير ، رأينا أن عقد الفضولي عقد صحيح ، وأحكامه وآثاره متوقفة ، وتتحول إلى نافذة بعد إجازة المالك، أو من له حق الإجازة [٣].

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٢٣١/٧ ، مغني المحتاج ١٥/٢ ، الأموال في الفقه المالكي ص ٤٧ مادة ٣٥٠ ، لمحمد العلوي العابدي ، ط. افريقيا الشرق ، الدار البيضاء .

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥٥ ، وانظر المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم ص ١٢٦ .

(٣) مصادر الحق للسنهوري ١٨٤/٤ .

وتحول الموقوف إلى نافذ بالإجازة قد يكون عن طريق القول ، كأن يقول من له حق الإجازة : أجزت العقد أو رضيت به ، أو يقول: أحسنت الصنع وأجدت العمل . وكذا تكون الإجازة بالفعل ، كأن يأخذ الثمن [١].

شروط الإجازة التي تحول العقد الموقوف إلى نافذ [٢]:

(١) أن تكون الإجازة ممن له حق في المعقود عليه ، فالذي يملك التصرف في المعقود عليه ويمكنه إخراجه عن ملكه ، هو الذي تقبل إجازته ، أما الإجازة من الفضولي ، أو من غيره فلا محل لها ولا عبرة بها لتحويل العقد إلى نافذ .

(٢) قيام المعقود عليه وقت الإجازة ، فلو هلك المعقود عليه ، ثم صدرت الإجازة ، لا يتحول العقد إلى نافذ ؛ لأن العقد بعد هلاك محله قد بطل ، والباطل لا تلحقه الإجازة .

(٣) أن تكون الإجازة صادرة في حال حياة الفضولي ، حتى يظهر نفاذ العقد في حقه ، وهذا خاص في العقود التي ترجع حقوقها إلى العاقد من البيع والإجازة ؛ وذلك لعدم انتهاء العمل بمجرد صدور العبارة ، وإنما يستمر عمله بعد الإجازة ؛ لأنه كالوكيل في إصدار العبارة وفي استلام المبيع وفي تسليم المعقود عليه.

هذه شروط صحة الإجازة ، وإذا توفرت تحول العقود من الموقوف إلى النافذ .

---

(١) المعاملات الشرعية المالية ، أحمد ابراهيم بك ص ١٢٦ ، والفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٣٧١ .

(٢) الفقه الإسلامي ، لمحمد سلام مدكور ، ص ٣٧٥ ، نظرية العقد ، أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٣١ . والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٦٠ . المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان ص ٤٠٣ .

الصورة الثانية ـ للعقد الموقوف ـ لتعلق حق الغير بمحل العقد : التصرف في المرهون :

الرهن : هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤه منه (١).

والمرهون هو : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ، ليستوفي منه ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه (٢).

ومن أعطى الرهن يسمى الراهن ـ وهو المالك له ـ ومن أخذه يسمى المرتهن ، وله حق متعلق بالمرهون .

فكل من الراهن والمرتهن يُمْنعان من التصرف بالمرهون تصرفاً يفوت حق الآخر ، من بيع ، أو إجارة ، أو هبة ، أو إعارة ، أوغير ذلك ، فهي تصرفات إما تخرج المرهون من الملك ، وإما تعطي الآخر حقاً له يتعلق استيفاؤه به .

وللمالك حق التصرف المطلق في ملكه ، ولما تعلق بالمرهون حق للمرتهن منع المالك من التصرف به ، وللمرتهن حق في المرهون إلا أنه يمنع من التصرف فيه، لأنه لا يملك المرهون، فلا يحق له التصرف فيه بدون إذن المالك .

وتصرف كل منهما ينعقد صحيحاً ، إلا أن العقد يكون موقوفاً على إجازة الآخر ، فمثلاً : إذا جاء الراهن وباع المرهون الذي هو ملكه ، فنقول : البيع انعقد صحيحاً إلا أنه موقوف على إجازة المرتهن.

وكذلك المرتهن إذا باع المرهون ، فالعقد صحيح ولكنه موقوف على إجازة الراهن ، فحتى يتحول العقد الذي تصرف فيه أحدهما وصار موقوفاً إلى نافذ لابد من إجازة الآخر، وإذا لم يجز بطل العقد.

---

(١) التعريفات ص ١٥٠ ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، للنسفي ص ٢٩٧، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، د نزيه حماد ص ١٨٤.

(٢) المراجع نفسها .

يقول السنهوري : " المرهون تعلق به حق المرتهن ، فبيعه ينعقد صحيحاً موقوفاً على اجازة المرتهن ، فإذا أجاز ، نفذ البيع في حق الجميع "[١].

وسبب وقف العقد على الإجازة : تعلق حق المرتهن بالعين المعقود عليها ـ أي: العين المرهونة ـ ولما كان الرهن من العقود اللازمة من طرف الراهن ، بمعنى أنه لا يصح فسخ الرهن إلا بالتراضي ، فالتصرف في المرهون بدون الإذن أو الإجازة فسخ للرهن ، وهو ممنوع من هذا التصرف للزوم الرهن في حقه ، فإذا وجدت الإجازة صح التصرف ، لأن الإجازة دليل رضا العاقد على إسقاط حق حبس المرهون ، وعليه يتحول العقد من الموقوف إلى نافذ[٢].

الصورة الثالثة : بيع المستأجر :

الإجارة هي : " عقد على تمليك المنافع بعوض " [٣].

فالعين المستأجرة ملكيتها مشغولة للمالك ، والمنافع مشغولة للمستأجر ، فالعين تعلق بها حقان حق المالك وحق المستأجر .

والأصل أن مالك الشيء له حق التصرف فيه ، بالبيع وغيره ، ولكن لما تعلق حق المستأجر بالاستفادة وشغل العين ، كانت التصرفات الصادرة من المالك في العين المستأجرة موقوفة ؛ وذلك لمصلحة المستأجر ولعدم الإضرار به .

---

(١) مصادر الحق ١٩٥/٤ ، وانظر كذلك : نظرية العقد أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٨٧ ، فقه المعاملات د. مصطفى سعد الخن ص ٣٦ ط. جامعة دمشق ١٩٩٧.

(٢) البدائع ٢٠٨/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٧٩/٧ ، مغني المحتاج ١٣٤/٢ .

(٣) التعريفات للجرجاني ص ٢٣ .

ولما كان عقد الإجارة لازما للطرفين ، ولا يفسخ إلا بعد رضا العاقدين، فتصرف المالك بالعين المستأجرة تصرفا يضر بالمستأجر، معناه فسخ عقد الإجارة ، والإجارة عقد لازم لا تفسخ ، إلا بعد موافقة الطرفين ورضاهما ، فالتصرفات الصادرة عن المالك موقوفة .

فإذا أجاز المستأجر تصرف المالك تحول العقد إلى نافذ ، وإن لم يرض ولم يجز التصرف بطل العقد الموقوف . ولكن شرط وقف العقد : أن يلحق بالمستأجر ضرر ، كعلم المستأجر بمضايقة المالك الجديد له ، أو وجود عداوة شخصية أو غيره [١]، فالعقد موقوف ، ويتحول إلى نافذ بإجازة المستأجر .

الصورة الرابعة : تصرف المريض مرض الموت :

مرض الموت هو : " المرض الذي يُقعد الشخص عن عمله المعتاد ، ويتصل بالموت " [٢] فأي تصرف يتصرفه المريض مرض الموت ، بحيث يخرج محل العقد عن ملكه ، فهو تصرف موقوف على إجازة الورثة .

يقول السنهوري : " الأصل في ذلك أن التركة يتعلق بها حق الورثة ، لا من موت المورث فحسب ، بل أيضاً من بدء مرضه الأخير وهو مرض الموت ، ذلك أن المورث إذا تصرف في مرض موته فهو إنما يوصي ، ويكون لتصرفه حكم الوصية ، فتكون تصرفات المريض مرض الموت موقوفة على إجازة الورثة الذين تعلق بهم حقهم بالتركة "[٣].

---

(١) انظر : مصادر الحق للسنهوري ١٩٦/٤ ، نظرية العقد ، أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٨٧ .

(٢) انظر المدخل الفقهي العام ٥٠٣/١.

(٣) مصادر الحق ١٩٧/٤.

فللمريض أن يوصي ويتصرف في ملكه بقدر الثلث ، ولو كان لغير الورثة ، فإذا زاد في الوصية على الثلث لغير الورثة ، أو تصرف بالميراث لأحد الورثة ، فكل ما مضى من التصرفات تتوقف على إجازة الورثة بعد موت المالك .

ويتحول كل تصرف مما سبق بعد موت المريض إلى نافذ ، إذا أجاز الورثة ، ويبطل التصرف إذا لم تجز الورثة [١].

فهذه أسباب وقف العقد وكيفية تحول العقد الموقوف إلى نافذ ، وقد جاء في مرشد الحيران مادة ٤٢٨ : " إذا انعقد البيع موقوفاً غير نافذ بأن كان العاقد فضوليًا ، باع ملك غيره بلا إذنه ، أو كان العاقد صبيًا مميزاً ، فلا يفيد ملك المبيع للمشتري ، ولا ملك الثمن لصاحب المبيع ، إلا إذا أجازه المالك في الصورة الأولى، والولي أو الوصي في الصورة الثانية ، ووقعت الإجازة مستوفية شرائط الصحة "[٢].

فالخلاصة :

(١) أن العقد الموقوف هو : ما صدر من أهله ، مضافاً إلى محله ، ثم سلمت أوصافه من الخلل ، إلا أنه لم يكن ممن له ولاية على العقد .

(٢) الراجح : أن العقد الموقوف ينعقد صحيحاً ، إلا أن آثاره لا تنفذ، فلا تنتقل ملكية المبيع للمشتري ، ولا ملكية المثمن للبائع .

(٣) العقد الموقوف يقبل الإجازة إذا توافرت فيه الشروط التالية:

أ ـ أن تكون الإجازة ممن له حق في المعقود عليه .

ب ـ قيام محل العقد وقت الإجازة .

---

(١) البدائع ٣٧٠/٧ ، المبسوط ٥٠/١٢ ، روضة الطالبين ٤٢٧/٣ ، المغني ١٨٤/٥.

(٢) مرشد الحيران مادة ٤٢٨ ، ص ١٠٩ .

جـ - صدور الإجازة في حال حياة الفضولي .

(٤) يتحول العقد الموقوف إلى نافذ بعد الإجازة من صاحبه ، ويكون بعدها نافذاً ، ويأخذ حكم الصحيح النافذ من بداية العقد ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

(٥) أسباب وقف العقد كثيرة ، ويمكن إرجاعها إلى سببين رئيسيين :

الأول : نقصان أهلية الأداء ، وذلك واضح في الصبي المميز .

الثاني : تعلق حق الغير بالمحل المعقود عليه ، ويكون في الصور التالية :

أ - بيع الفضولي .

ب - بيع العين المرهونة .

جـ - بيع العين المستأجرة .

د - تصرف المريض مرض الموت من بيع أو غيره .

في كل هذه الأسباب والصور يكون العقد فيها موقوفاً، ويتحول إلى نافذ بالإجازة .

الفصل الرابع

تحول العقد اللازم إلى جائز والعكس

ـ تمهيـــد ويتضمن :

ـ تعريف العقد اللازم والجائز .

ـ أنواع العقود من حيث اللزوم والجواز .

ـ تحول اللازم إلى الجائز.

المبحث الأول : أسباب تحول العقد اللازم إلى جائز .

ـ المطلب الأول : تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار الشرط .

ـ المطلب الثاني : تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار العيب .

ـ المطلب الثالث: تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار المجلس.

ـ المطلب الرابع : تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار الرؤية .

المبحث الثاني : تحول العقد الجائز إلى لازم .

تحول العقد اللازم إلى الجائز والعكس

تمهيـــد :

علمنـا ممـا سـبق أن العقـد لـه تقسـيمات متعـددة ، بحسـب الاعتبارات الموجودة. وقد تطرقنـا إلـى أحد تقسيمات العقد ألا وهو باعتبار وصفه بالصحة أوالبطـلان أو الفسـاد ، ثـم تطرقنـا إلـى العقد الصحيح الموقوف وتحوله إلى نافذ .

وفي الفصل الحالي نلقي الضوء على تقسيم آخر باعتبـار آخـر ، وهو باعتباره لازماً أم جائزاً ، وهذا التقسيم خـاص بـالعقد الصحيـح النافذ، لأن صفة اللزوم ، أو الجواز ، إنما تحصـل بعد وصـف العقد بالصحة والنفاذ.

فالعـاقدان عندمـا يتفقـان علـى إبـرام العقـد ، فبتمـام واسـتكمال أركانه وشروطه التي وضعها الشارع يصح العقد ، ويكون كل عـاقد عليه حـق الـتزام تطبيـق آثـار العقـد ، إلا أن الحـق الواجـب فـي ذمـة المتعاقدين من سير ونفاذ الآثار له أحوال :

الأولى : قد يلزم العاقدين مباشرةً بعد انتهاء العقد .

الثانية : وقد ينبرم العقد وتتخلف عنه بعض الآثار أحياناً .

الثالثة : وقد يُزال العقد بكامله ، فلا يلزم أحدهما أثر ولا يلـتزم هو الآخر بأي أثر اتجاه صاحبه .

فالحالـة الأولـى : إذا كـان العقـد لازمـاً ، ولـم يتصـل بـــه أحـد الخيارات ، والحالة الثانية : تكون للعقد اللازم الذي تخلـف لزومـه ؛ لتعلقه بأحد الخيارات بالعقد، والحالة الثالثة : قد رفع العقد بأكملـه فلـم يعد يوصف بالجواز أو اللزوم .

فاللزوم والجواز : صفتان للعقد الصحيح [1]، تام الأركان والشروط، وإن كان الأصل في العقد ـ دون النظر إلى حكم الشارع ـ اللزوم ، ولا يحق لأحد فسخه أو الرجوع عنه؛ لأن العقد ربط إرادتين برضاهما عن طريق الإيجاب والقبول ، فكان اللزوم صفة أساسية للعقد ، وخاصة أن الحكمة من وجود وتشريع العقود إنما هو لسد حاجة البشر واستقرار التعامل بين الناس ، وعدم اللزوم يخالف المقصد أو الحكمة التي وضعها الشارع لإنشاء العقود ، فكان الأصل في العقد اللزوم .

إلا أن صفة الجواز جاءت في بعض العقود لتحقيق نفس المقصد السابق من استقرار التعامل بين الناس ؛ لأن العاقد قد يغبن أحياناً ، وقد يكون متردداً ويحتاج بعض الوقت للتفكير ، فكان الجواز أوعدم اللزوم صفة مؤقتة في بعض العقود ، وصفة دائمة للعقود التي لا تحتمل اللزوم [2].

تعريف العقد اللازم والجائز :

اللازم لغة :

اللازم على وزن فاعل ، مشتق من لَزِمَ الأمرَ يلزم لزوماً فهو لازم ، فاللزوم مصدر واللازم صفة تتعلق بالموصوف .

ويقال : لزم الشيءُ لزوماً ، أي : ثبت ودام .

---

(١) الجواز واللزوم قسمان ناتجان من العقد الصحيح النافذ ، لأن العقد إما منعقد أو غير منعقد، والمنعقد إما صحيح أو فاسد ، والصحيح إما موقوف أو نافذ ، والنافذ إما لازم أو غير لازم ـ أي : جائز ـ .
انظر : أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٣٣٦ ، والالتزامات في الشرع الإسلامي، أ. أحمد إبراهيم بك ص ١٩٠ ، ط. وتوزيع دار الأنصار ، ونظرية العقد والتعسف في استعمال الحق ، أ.د. محمد سراج ص ١٩٠، والبيع لمصطفى الزرقا ص ٤٦ .

(٢) انظر : الملكية ونظرية العقد ، أ. محمد ابو زهرة ص ٣٨٠ .

ولزوم الشيء ، كذلك بأن : يلزم الشيءَ ويتمسك بـه ، ويداوم عليه [١].

وفي الاصطلاح [٢]:

يطلق الفقهاء على العقد مصطلح " اللازم " ويريدون به : ما كان باتاً، بأن لا يملك ولا يستقل أحد طرفيه بالفسخ أو الإبطال بدون رضا الآخر ، أي: أنه بعد انعقاد العقد وتمامه، لا أحد يملك فسخه ، أو إبطاله ، ويجب على العاقدين تنفيذ العقد ، وسريان الآثار عليهما[٣].

تعريف العقد الجائز :

الجائز لغة :

الجائز على وزن الفاعل : من الجواز ، ومعناه: الصحة والنفاذ، يقال: جاز العقد ، أي : نفذ ومضى على الصحة ، كما يقال: أجزت العقد ، إذا جعلته جائزاً نافذاً [٤].

---

(١) انظر : المصباح المنير ، مادة لزم ص ٢١١ ، والمعجم الوسيط ٨٢٣/٢، ومختار الصحاح ص ٢٤٩ .

(٢) اللازم يختلف تعريفه ، باختلاف أهل كل فن ، ففي اصطلاح أهل المنطق هو : ما يمتنع انفكاكه عن الشيء ، وفي اصطلاح أهل الصرف يوصف به الفعل الذي لم يتعده فاعله إلى المفعول ، نحو ذهب زيد .
انظر : التعريفات للجرجاني ص ٢٤٤ ، الكليات لأبي البقاء ص ٧٩٥ ، معجم القواعد العربية، عبد الغني الدقر ص ٣٩٥ .

(٣) انظر : أحكام المعاملات الشرعية ، أ. علي الخفيف ص ٣٣٦ ، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ، ص ٢٨٠ .

(٤) انظر : المصباح المنير ص ٤٤ ، مادة جوز .

وفي الاصطلاح [1]:

عندما يطلق الفقهاء على العقد أنه جائز ، لا يريدون به الجواز من حيث الحل أو الحرمة ، وإنما يعنون بذلك : العقد الذي يستقل أحد طرفيه أو كلاهما بفسخه ، أي : أن كل واحد من العاقدين له حق التحلل من العقد الذي انبرم بينهما ، فله فسخه دون النظر إلى إرادة الآخر للفسخ أو رضاه[2].

أنواع العقد من حيث اللزوم والجواز :

والعقد من جهة اللزوم والجواز أنواع [3]:

النوع الأول : العقد اللازم : وهو على قسمين :

القسم الأول : عقد لازم غير قابل للفسخ، أي: لا يصح للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد بعد تمامه ، ولا يمكن إبطاله كذلك ، كعقد النكاح والخلع.

وصفة العقد اللازم الغير قابل للفسخ عدم دخول الخيار عليه ، فعقد النكاح أو الخلع لا يدخله خيار الرؤية، أو خيار العيب ، أو خيار

---

(١) يقول الزركشي في منثوره : " الجواز يطلق في ألسنة حملة الشريعة على أمور :
أحدها : على رفع الحرج ، أعم من أن يكون واجباً ، أو مندوباً ، أو مكروهاً .
الثاني : على مستوى الطرفين ، وهو التخيير بين الفعل والترك .
الثالث : على ما ليس بلازم ، وهو اصطلاح الفقهاء في العقود ، فيقولون : الوكالة ، والشركة، والقراض عقد جائز " . انظر : المنثور في القواعد للزركشي ٧/٢ .

(٢) انظر : المعاملات الشرعية المالية ، أ. أحمد إبراهيم بك ص ٩٥ ، أحكام المعاملات الشرعية، أ. على الخفيف ص ٣٣٧ ، المدخل الفقهي العام ٥٢٤/١.

(٣) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان ص ٤٥٢ ، الشريعة الإسلامية ، بدران أبو العينين بدران ص ٥٠٤ ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، د. محمود محمد حسن ص ١٥٠ .

الشرط ؛ لأن الخيار معناه جواز الفسخ ، وهذه العقود ينتفي معها الفسخ ، ولا يصح فسخها ، فانتفى معها الخيار .

والقسم الثاني : عقد لازم ، ولكنه يقبل الفسخ ، فإذا تراضى العاقدان على فسخ العقد فلهما ذلك ، وكون العقد جائزاً خاص بعقود المعاوضات اللازمة، كالبيع ، والإجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والصرف .

النوع الثاني : عقد جائز من الطرفين ، أي: غير لازم لأحد الأطراف ، فلكل عاقد حق الفسخ وحده ، برضا الآخر أو بدون رضاه، كعقد الشركة ، والوكالة والمضاربة ، والوصية ، والعارية ، والقرض ، ونحوها .

النوع الثالث : عقود لازمة من طرف وجائزة من طرف آخر ، فيثبت لأحد العاقدين حق الفسخ دون العاقد الآخر ، كعقد الرهن ، فهو عقد لازم من جهة الراهن بعد القبض ، ولا يمكنه فسخ العقد متى شاء، وجائز من جهة المرتهن، وله حق الفسخ في أي وقت شاء . وكذا يقال لعقد الكفالة [١].

---

(١) وللمزيد ينظر في الكتب التالية :
من الكتب القديمة: الحاوي للماوردي ٢٨/٥ ، المجموع للإمام النووي٢٠٧/٩ ، المغني لابن قدامة ٧٠/٤ ، والمنثور في القواعد للزركشي ٣٩٨/٢ .
ومن الكتب المعاصرة : درر الحكام مادة (١١٤) ، ١١٠/١ ، المعاملات الشرعية المالية ، أ.أحمد إبراهيم بك ص ٩٥ ، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٨٢ ، أحكام المعاملات الشرعية أ. على الخفيف ص ٣٣٦ ، المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٢٤/١ ، ونظرية العقد أ.د. محمد أحمد سراج ص ١٩٠ ، ومبدأ الرضا د. علي القرة داغي ١٤٨/١.

المبحث الأول

تحول العقد اللازم إلى عقد جائز

قد عرّفنا العقد اللازم بأنه : العقد الذي لا يستقل أحد عاقديه بفسخه ، فإذا أراد أحد العاقدين فسخه وإبطاله بعد تمامه ولزومه ، منع ولم يكن له حق في ذلك ، وإذا قام أحدهم بفسخ العقد ، فلا عبرة بالفسخ ولا ما صدر منه ، ويستمر العقد على ما انعقد عليه .

ثم قسمنا العقد إلى ثلاثة أنواع : نوع لازم للجانبين ، ونوع لازم من طرف واحد ، ونوع جائز من الطرفين . إلا أن اللزوم في العقد ، قد يطرأ عليه ما يجعله يتحول من عقد لازم إلى عقد جائز ، فإذا كان العقد لازماً للجانبين أو أحدهما ، فإنه قد يتحول إلى عقد جائز للطرفين ، أوللطرف الذي لزمه العقد، فيكون قابلاً للفسخ بعد عدم استطاعة فسخه .

وتحول اللازم إلى جائز ، يخضع لأسباب فمتى وجدت الأسباب تحول العقد من صفة اللزوم إلى الجواز ، وبعدها يحق لكل فسخ العقد، وهذه الأسباب هي :

السبب الأول : كون العقد اللازم فاسداً ، بأن فقد أحد شروط الصحة التي مرت معنا، وهذا خاص عند فقهاء الحنفية ، وقد قلنا إن العقد الفاسد عقد منهي عنه ، وإنه يستحق الفسخ رفعاً للنهي .

فالعقد اللازم ، الذي لا يمكن لأحد العاقدين الانفراد بالفسخ ، يتحول إلى عقد جائز بمجرد فساد العقد ، ويحق لكل منهما الفسخ.

وأحكام العقد الفاسد قد تطرقنا إليها سابقاً ، فلا حاجة لذكرها هنا .

السبب الثاني لتحول العقد اللازم إلى جائز : وجود وثبوت الخيار للعاقدين أو أحدهما .

وقد علمنا أن العقد له شروط للانعقاد وشروط للصحة ، وكذلك له شرط للزوم العقد، أي: حتى يلزم العقد ويلتزم به كل من الطرفين، لابد من : خلوه من أحد الخيارات التي تجعل وتعطي حق الفسخ ، يقول الكاساني " وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده أو نفاذه ، وصحته فواحد : وهو أن يكون خاليا عن الخيارات ...." [١]، ولهذا لما عرفت المجلة العقد اللازم قالت : " هو العاري عن الخيارات " [٢]. وهذا التعريف أدق من السابق ؛ لأن اللازم لا يقبل الفسخ إلا عن طريق أحد الخيارات ، والعقد الغير اللازم ـ أي: الجائز ـــ هو الذي يكون فيه الخيار، فيكون جائز الفسخ وجائز الإمضاء .

أنواع الخيارات :

الخيارات أنواعها عديدة وأقسامها كثيرة ، على حسب الاعتبارات ، والخيارات قد كثرت أنواعه في المذهب الحنفي فقد وصلت إلى عشرين .

وذهب المالكية إلى أن الخيار نوعان [٣]:

الأول: خيار التروي : وهذا الخيار يقابله عند الجمهور خيار الشرط .

الثاني: خيار النقيصة : وهو خيار سببه العيب الحاصل في المبيع .

وذهب الشافعية إلى أن الخيار في الأصل نوعان :

النوع الأول : خيار التشبه : وهو ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما ورضاهما ، وسببه مجلس العقد أو الشرط .

---

(١) البدائع ٢٢٨/٥.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الاحكام مادة (١١٤) ، ١٠٩/١.

(٣) انظر : التلقين : للقاضي عبد الوهاب البغدادي ص ٣٦٣ ، وسراج السالك شرح أسهل المسالك لعثمان الجعلي المالكي ١٣٢/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٧.

النوع الثاني : خيار النقيصه ، وسببه خلف لفظي أو تغرير فعلي أو قضاء عرفي ، فمنه العيب والتصرية .

ويتفرع عن هذين النوعين خمسة عشر نوعاً [١].

وعند الحنابلة الخيار ثمانية [٢] :

١ ـ خيار المجلس .

٢ ـ خيار الشرط .

٣ ـ خيار التدليس .

٤ ـ خيار العيب .

٥ ـ خيار الخيانة .

---

(١) وقد عدها بعضهم :
١ ـ خيار المجلس .
٢ ـ خيار الشرط .
٣ ـ خيار العيب .
٤ ـ خيار تلقي الركبان .
٥ ـ خيار تفريق الصفقة .
٦ ـ خيار الوصف المشروط في العقد .
٧ ـ خيار لجهل الغصب .
٨ ـ الخيار لجهل كون المبيع مرزوعا .
٩ ـ خيار الامتناع عن الوفاء بالشرط الصحيح .
١٠ ـ الخيار للتخالف فيما إذا اتفقا على صحة العقد وعدمه .
١١ ـ الخيار للبائع إذا ظهرت زيادة الثمن في المرابحة .
١٢ ـ خيار المشتري لاختلاط الثمرة المبيعة بالمتجددة قبل التخلية .
١٣ ـ الخيار للعجز عن الثمن .
١٤ ـ الخيار لتغير ما رآه قبل العقد .
١٥ ـ الخيار لتعيب الثمرة بترك البائع السقي بعد التخلية .
انظر : مغني المحتاج ٤٣/٢ ، نهاية المحتاج للرملي ٣/٤ ، وحاشية الشرقاوي ٤٠/٢ ـ ٥٠ .

(٢) انظر : كشاف القناع على متن الإقناع للبهوتي ١٩٨/٣.

٦ ـ خيار اختلاف المتبايعين في الثمن .

٧ ـ خيار تفريق الصفقة .

٨ ـ خيار المستأجر في الأجرة .

فالمذاهب على اختلافها في تحديد أنواع الخيارات ـ بين مكثر ومقل تتفق على أن الخيار في العقد اللازم يحوله إلى جائز ، فاللازم لا يكتسب صفة اللزوم إلا بعد رفع الخيار وانقضائه .

وفي دراستنا للخيارات نتناول أربعاً منها : اثنين اتفق الفقهاء على أن اللازم يتحول فيها إلى جائز وهما : خيار الشرط ، وخيار العيب .

واثنين اختلف الفقهاء في تحول العقد اللازم إلى جائز بوجودهما وهما :

خيار المجلس ، وخيار الرؤية .

المطلب الأول

تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار الشرط

خيار الشرط هو أحد الخيارات التي تحول العقد اللازم جائزاً ، والأصل في خيار الشرط أنه قائم على خلاف القياس ؛ إذ القياس في العقود اللازمة أنها لا تصح إذا أضيفت إلى شرط من الشروط التي تسلب منها صفة اللزوم ، وتحوله إلى صفة الجواز [١].

وقد توحدت تعاريف الفقهاء لخيار الشرط : على أنه: شرط يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما ، أو يجعل لأجنبي، ويكون لمن له الشرط حق الفسخ أوحق إمضاء العقد في خلال مدة محددة ، كأن يقول المشتري : اشتريت منك هذا الثوب على أن لي الخيار مدة ثلاثة أيام [٢].

فعلى التعريف نجد أن خيار الشرط إنما يدخل على العقود اللازمة القابلة للفسخ ، فهو خاص بها دون غيرها [٣]؛ لأن العقود الغير لازمة ، لا تحتاج لشرط حتى تفسخ ، فهي جائزة الفسخ وقتما شاء العاقدان ، بخلاف اللازم الذي لابد له من وجود خيار ليتحول إلى جائز .

فأثر الخيار: تحويل العقد اللازم إلى جائز، وقد وجد اتفاق بين الفقهاء على هذا الأثر ، فمن يملك الخيار يصبح العقد في حقه جائزاً، وله فسخه ، كما له إمضاؤه ، وذلك إما بالفعل أو بالقول أو بانتهاء مدة الخيار [٤].

---

(١) انظر : شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٩٨/٦ ، ومصادر الحق ١٩٩/٤ .

(٢) البدائع ٢٦٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ٧٩/٧ ، مواهب الجليل ٤٠٩/٤، القوانين الفقهية ص٢٧٧ ، ومغني المحتاج ٤١٠/٢ ، وكشاف القناع ٢٠٢/٣.

(٣) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥/٦ .

(٤) انظر : المعاملات الشرعية المالية أ. أحمد ابراهيم بك ص ١٠٢ .

آثار العقد بعد تحوله من لازم إلى جائز:

وجد خلاف بين الفقهاء في ترتب آثار العقد مع قيام الخيار ، بمعنى أن الملكية في عقود المعاوضات ــ التي تحولت من اللازمة إلى الجائزة ـ هل تنتقل إلى العاقد الآخر أم لا ، بأن تتوقف الملكية عن الانتقال للآخر حتى ينتهي الخيار عن طريق الفسخ ، فنعلم أن الملكية لم تخرج عن ملكية صاحبها الأصلي ، أو عن طريق الإجازة، فنعلم أن الملكية قد تحولت منذ بداية العقد ؟ فمثلاً : إذا تم عقد البيع على خيار شرط ، فملكية المبيع والثمن هل تنتقل للعاقدين بمجرد انتهاء العقد ، أم أن الملكية تتوقف حتى ينتهي الخيار ، وإن وجد القبض ؟.

اختلف الفقهاء في أثر انتقال الملكية مع قيام العقد على خيار الشرط .

فذهب كل من الحنفية والمالكية إلى أن تحول العقد إلى جائز بسبب الخيار مانع من انتقال الملكية ، فالمبيع يبقى في ملك البائع وإن قبضه المشتري ، والثمن يظل في ملك المشتري وإن حصل القبض من البائع .

فالعقد الذي تم انعقاده تتوقف الملكية فيه إلى أن يرجع العقد اللازم ـ في الأصل ـ إلى لزومه [١].

يقول الكاساني : " فإن كان الخيار لهما ـ أي : للعاقدين ــ فلا يزول المبيع عن ملك البائع ، ولا يدخل في ملك المشتري ، وكذلك لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع "[٢].

---

(١) انظر : البدائع ٢٦٤/٥ ، فتح القدير ٢٩٨/٦ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٣/٦ ، بداية المجتهد ٢١٠/٢ ، القوانين الفقهية ص ٢٧٨ .

(٢) البدائع ٢٦٥/٥ .

هذا إذا ملك الخيار كل من العاقدين ، أما إذا ملك الخيار البائع فالمبيع لا ينتقل من ملكه ؛ لأنه يملك حق الرجوع وفسخ العقد ، فتبقى ملكية المبيع للبائع ، مع وجود العقد والقبض من المشتري ، ومال المشتري ـ من الثمن وغيره ـ إذا تحول العقد إلى جائز يخرج من ملكه ؛ لأن العقد لازم بالنسبة له ولم يتحول إلى الجائز باتجاهه ، ولهذا يخرج الثمن من ملكه ، وهنا لا خلاف في المذهب الحنفي ، ولكن هل يدخل في ملك البائع الذي يملك الخيار ؟

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الثمن يخرج من ملك المشتري ، إلا أنه لا يدخل في ملك البائع ، وإن قبض البائع الثمن ، وذلك حتى لا يجتمع البدل والمبدل منه في ملكه ؛ لأن الاجتماع يؤدي إلى عدم التعادل بين العاقدين .

وخالف الصاحبان أبو يوسف ومحمد شيخهما ، وذهبا إلى أن الثمن إذا خرج من ملكية صاحبه دخل في ملك البائع ، وعللوا لما ذهبا إليه أن الشيء إذا خرج من ملك صاحبه لابد أن يدخل في ملك أحد ، والبائع هو أحق شخص وأقرب شخص لدخول الثمن في ملكه ؛ للعقد الموجود الذي ربط بين البائع والمشتري ، فلا يكون الثمن في وقت من الأوقات بلا صاحب ولا مالك [١].

وأما إذا كان الخيار للمشتري وحده دون البائع ، فالثمن لا يخرج من ملكه، أما المبيع فإنه يخرج من البائع ، ولكن هل يدخل في ملك المشتري ؟

نجد في هذه الحالة نفس الخلاف السابق ، فعند أبي حنيفة يخرج المبيع من ملكية البائع ولا يدخل في ملكية المشتري ؛ وذلك حتى لا يجتمع البدلان في ملك واحد ، وذهب صاحباه إلى أن الشيء لا يكون

---

(١) المرجع نفسه .

بدون مالك فعليه يخرج المبيع من ملك البائع ويدخل في ملك المشتري [١].

هذا ما ذهب إليه الحنفية ، أما المالكية [٢] فقد اتفقوا مع الحنفية على أن العقد إذا تحول من اللازم إلى الجائز لا تترتب عليه آثار العقد إذا ملك كلا العاقدين الخيار، إلا أنهم قالوا : إن ملكية المبيع في زمن الخيار تكون للبائع .

أما الشافعية فالحكم يختلف عندهم باختلاف الصور التالية :

الأولى: إذا كان الخيار للبائع فالعقد لا يترتب عليه أثر انتقال الملكية ، أي : يبقى المبيع في ملك المشتري، ويبقى الثمن في ملك صاحبه .

الثانية : إذا كان الخيار للمشتري وحده ، نفذت آثار العقد من انتقال ملكية الثمن للبائع وملكية المبيع للمشتري .

الثالثة : إذا كان الخيار لهما معا ، فملك المبيع والثمن موقوف حتى يظهر أثر الخيار ، فإذا فُسخ العقد ظهر أن المبيع والثمن لم يخرجا من ملكية أحد ، وإذا انتهى الخيار أو أسقطاه ، تبين أن ملك المبيع للمشتري ، والثمن للبائع منذ بداية العقد ، هذا أظهر الأقوال عند الشافعية [٣].

أما عند الحنابلة ـ وهو قول للشافعية ـ [٤]:

---

(١) البدائع ٥/٢٦٤ ـ ٢٦٥ ، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٦ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/٢٥ .

(٢) انظر المقدمات الممهدات ٢/٩٢ ، شرح الخرشي ٥/٤٧٣، القوانين الفقهية ص ٢٧٨.

(٣) انظر : روضة الطالبين ٣/٤٥٠ ، مغني المحتاج ٢/٤٨ ، حاشيتا قليوبي وعميرة علىشرح المحلى على المنهاج ٢/١٩٤ ، إعانة الطالبين على فتح المعين ٤/٤٧.

(٤) انظر: المراجع السابقة وكشاف القناع ٢/٢٠٥ ، وحاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٤/٤٢٧.

حيث ذهبوا إلى أن المبيع والثمن في حالة تحول العقد من اللازم إلى الجائز ينتقل كل منهما إلى ملكية الآخر ، سواء أكان الخيار لهما أو لأحدهما ؛ لأن الأصل في العقد الصحيح النفاذ وترتب الآثار، أما وجود الخيار ، فهو مانع من اللزوم لا من تحول الملكية وترتب آثار العقد [١].

مدة تحول العقد من اللازم إلى الجائز :

بعد أن درسنا أثر تحول العقد من اللازم إلى الجائز ، نتناول مسألة أخرى وهي مدة التحول ، فهل يجوز في خيار الشرط الذي يجعل اللازم جائزاً ، أن يضرب له أجلاً غير معين ، أم لابد من تحديد الأجل المشروط ؟ وإذا قلنا بتأقيت الأجل ، فكم المدة التي يتحول فيها العقد اللازم إلى جائز ؟ أو بعبارة أخرى: هل التحول إلى الجائز عن طريق سلب صفة اللزوم على الدوام ، أم أن التحول لفترة محدودة ثم يرجع العقد إلى ما كان عليه من قبل ؟

نلاحظ أن جمهور الفقهاء[٢] من الحنفية والشافعية والحنابلة قالوا : إن التحول لا يصح أن يكون مؤبداً ، وذلك كأن يقول البائع أو المشتري: لي الخيار أبداً . فيجب تحديد مدة وضرب أجل معلوم ، وهذه المدة لابد أن تكون معينة غير مجهولة ، فلا يصح تحويل العقد اللازم في الأصل إلى صفة طارئة ـ وهي الجواز ـ دون تحديد أجل معلوم ، أو فترة زمنية محددة ، كأن يقول : لي الخيار فترة . دون بيان مدتها ، أو أن يقول : لي الخيار مطلقاً .

---

(١) أثر هذا الخلاف يظهر واضحا في الزوائد الناتجة عن المعقود عليه أثناء الخيار ، وكذلك نفقة المعقود عليه على من تجب ، وكذلك يظهر الخلاف فيما إذا تلف المعقود عليه هل يضمن القابض أو لا ؟ وهل يستحق البائع المسمى في العقد أم القيمة الحقيقية للمعقود عليه ؟ كل هذه المسائل تنتج أثراً لتحول الملكية حال الخيار . انظر : مغني المحتاج ٤٨/٢ ، كشاف القناع ٢٠٥/٢ .

(٢) البدائع ١٧٨/٥، أسنى المطالب ٥١/٢ . المغني ١٢٤/٤.

والعقد اللازم الذي جعل فيه الخيار إلى أجل مجهول أو أجل دائم ، فاسد عند فقهاء الحنفية[١]، وباطل عند الشافعية والحنابلة [٢].

وقال المالكية : إذا أطلق العاقدان أو أحدهما الخيار في العقد دون تحديد أجل معين ، أو جعل من له الخيار الأجل مجهولاً ، إلا أنه دلت على الأجل أمارة القدوم ـ فالعقد صحيح ، والمدة الغير معينة يقوم القاضي بتحديدها بما يماثلها ، بمدة عادة مثلها عرفاً ، فينظر كم يستحق العقد مدة للخيار في عرف مثله ، فيضرب لهم مدة الخيار .

وهذا بخلاف ما إذا حدد أجلاً مجهولاً ، لا تدل عليه أمارة القدوم ، كأن يقول لي الخيار إلى وقت قدوم زيد ، ولا أمارة على قدومه ، أو إلى أن تمطر السماء ، ولا علامة على ذلك ، فكل هذه الصور تفسد العقد عندهم [٣].

فنخلص إلى أن رأي المالكية لا يختلف كثيراً عن رأي الجمهور في اشتراط تحديد الأجل للتحول إلى جائز ؛ لأن الأجل المجهول الذي تدل عليه علامة الحدوث، يمكن رفع الجهالة عن طريق الحاكم أو القاضي فلا يستمر هذا العقد على جهله ، وخاصة إذا وجدت أمارة تدل عليه وعلى المدة ، فكأنه محدد الأجل والوقت . فالمذاهب كلها متفقة على أن تحول العقد اللازم إلى جائز لابد أن يُضْرب له أجل معلوم.

---

(١) قد مر معنا في الفصل الماضي أن الفاسد عند الحنفية له أسباب، منها: جهالة المدة المشروطة في الخيار ، فإذا تم تعيين المدة قبل مضي ثلاثة أيام يتحول العقد إلى الصحيح .
انظر : ص٣٥٣ من هذا البحث ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٠٠/٦ ، درر الحكام ٢٩١/١ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٤٧/٢ ، المغني لابن قدامة ١٢٤/٤ ، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٦٧/٤ .

(٣) انظر : القوانين الفقهية ص ٢٧٧ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٤١٤/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥٤/٤ .

بعد استعراض أقوال المذاهب في اشتراط ضرب الأجل المحدود للتحول، نأتي لمسألة : مقدار المدة المحددة التي يتحول فيها العقد :

مع اتفاق جمهور الفقهاء في محدودية الأجل ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار الأجل ، واتجهوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : أن مدة الخيار لا تزيد على ثلاثة أيام ، قد تنقص عنها ، إلا أنها لا تزيد عليها ، وهذا مذهب الإمام أبي حنيفة وزفر والشافعية ، فتحول العقد اللازم عندهم للجائز لا يدوم ولا يزيد على ثلاثة أيام ، وإنما يتحول الخيار من بداية العقد إلى ثلاثة أيام ، ولا يصح أكثر من ذلك ، وإذا وجد عقد فيه الخيار أكثر من هذه المدة فالعقد فاسد عند الإمام أبي حنيفة [(١)] وباطل عند الشافعي [(٢)].

والسبب فيما ذهبوا إليه : أن الأصل في العقود اللزوم، أي: إذا تم العقد لزم كل ما فيه ، وترتبت الآثار مباشرة بمجرد تمام العقد، وتحولُ اللازم إلى جائز أمر مخالف لما عليه أصل العقد ، وكل شيء جوز للحاجة فإنه يقدر بالقدر الذي جاء به الشارع ، وقد روي عن حبان بن منقذ الذي كان يغبن في البيع والشراء، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ ، فقال: " إذا بايعت فقل : لا خلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالي، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فاردد"[(٣)].

---

(١) هذه المسألة والتي قبلها لهما حكم الفاسد من تحوله إلى صحيح ، إذا أسقطا الأجل الزائد عن الثلاث : لارتفاع المفسد من العقد، فالعقد ينعقد فاسداً ثم يتحول إلى الصحيح ، بزوال المفسد.
انظر : حاشية ابن عابدين ٨٣/٧ ، شرح فتح القدير ٣٠٢/٦، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢٤٠/٢.

(٢) انظر : التهذيب للبغوي ٣١٨/٣ ، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض ، ط. دار الكتب العلمية ، مغني المحتاج ٤٧/٢ .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى ، باب الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيار في البيع أكثر من ثلاثة أيام ، رقم ١٠٢٣٩ ، ٢٧٣/٥.

فلما أجاز الشارع تحول العقد اللازم إلى جائز ، لم يطلق الأجل وإنما قيده في مدة محدودة مقدرة بثلاثة أيام، ولا يصح مخالفة النص.

الاتجاه الثاني :

قال : بأن المدة تصح أكثر من ثلاثة أيام ، إذا اتفق عليها العاقدان . وهذا قول أبي يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة (١).

وتعليلهم ذلك أن النبي ﷺ قال : "المسلمون على شروطهم " (٢).

ولأن تحول العقد اللازم على خلاف الأصل ، وجُوِّز للتروي ، وأخذ المشورة ، ولحاجة أطراف العقد ، والاحتراز عن الغش والغبن، فسبب الجواز الحاجة ، وإذا كانت الحاجة تقتضي الزيادة على ثلاثة أيام فلهم ذلك .

الاتجاه الثالث :

قال : بأن مدة الخيار تكون على حسب الحاجة وما تدعو إليه ، وتختلف الحاجة للخيار باختلاف المعقود عليه ، وهذا مذهب المالكية(٣)؛ لأن بيع الدار المشروط فيه الأجل قد لا تكفيه ثلاثة أيام للنظر والتروي والمشورة وإنما تحتاج الدار إلى أكثر من الثلاث .

فالمدة التي يستمر فيها العقد متحولاً إلى الجائز ـ عند المالكية ـ تُحَدَّد على حسب عرف كل شيء ، وعلى ما تدعو الحاجة إليه ، فبيع الفاكهة مثلاً تختلف المدة فيه عن بيع الدار ؛ لأن الفاكهة تتلف

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٤١/١٣ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٠٠/٦ ، والاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٢/٣ ، وكشاف القناع ١٢٠٢/٣ ، حاشية الروض المربع ٢١/٤:.

(٢) رواه البيهقي في سننه كتاب إحياء الموات ، باب الصدقة على ما شرط الواقف ، رقم ١١٧٠٩، ١٦٦/٦.

(٣) شرح الخرشي ٤٥٤/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٩/٤.

بسرعة، ولا يمكن جعل ثلاثة أيام للخيار ، وإنما يكفيها يوم واحد ، أما الثياب فثلاثة أيام تكفي لعدم الغبن بها .

فالتحول إلى الجائز عند المالكية لابد له من فترة محدودة ، ولكن هذه الفترة تكون على حسب كل عقد ومحله ، وعلى حسب حاجة العاقدين للتروي والنظر والمشورة [(١)].

والراجح ـ لدي ـ من هذه الاتجاهات والآراء : الاتجاه الثالث وهو رأي المالكية ؛ وذلك للأسباب التالية :

١ ـ أن الشارع قد أجاز تحول العقد اللازم إلى جائز عن طريق خيار الشرط .

٢ ـ أن الحكمة من تحول العقد هي التروي وإعادة النظر في ذلك .

٣ ـ كل شيء يختلف النظر والتروي فيه من أجل بت الحكم عليه ، فلا يمكننا أن نساوي مدة تحول العقد في بيع الفاكهة بغيرها من بيع الدار أو الدابة .

٤ ـ أن الحديث الوارد الذي احتج به أصحاب الاتجاه الأول لايدل على رايهم ؛ لأن الرسول ﷺ قال ذلك مع علمه أن حاجة حبان بن منقذ ﷺ لا تزيد عن ثلاثة أيام ، ولو كان حبان بن منقذ ﷺ يحتاج أكثر من ذلك لأخبره بالأكثر .

٥ ـ أن الاتجاه الثاني القائل بأن كل مدة يتفق عليها العاقدان فهي صحيحة يخالف الحكمة أو العلة التي شرع الخيار لها ، وقد

---

(١) انظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٤٠٩/٤ ، شرح الخرشي ١٠٩/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٩/٤ ، الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ص ٣٩٠ ، أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ص ٣٩٤، المعاملات الشرعية المالية ، أحمد ابراهيم بك ص ١٠٢ ، كتاب المعاملات ، أحمد أبو الفتح ص ٢٤٨ ، ط. الأولى مطبعة البوسفن ، مصادر الحق ١٩٦/٤.

يضرب العاقدان أجلا لا يتناسب مع محل العقد ، فيؤدي هذا الأجل إلى نزاع بين الأطراف وخلاف شديد ؛ إما لقصر المدة التي تم تحديدها أو لطولها .

فلهذه الأسباب يترجح قول الاتجاه الثالث بأن الخيار لابد أن يحدد بمدة معينة، وهذه المدة تختلف باختلاف المعقود عليه .

كيفية إنهاء التحول المؤقت :

علمنا أن تحول العقد اللازم إلى صفة الجواز ، إنما هو تحول مؤقت ، فلا يصح أن يكون دائماً .

ولكن كيف ينتهي هذا التحول ؟ أي: العقد الذي وجد فيه خيار الشرط وتحول إلى الجائز ، كيف يرجع إلى صفته الأساسية صفة اللزوم ؟

لما كان العقد جائزا، فالذي يملك الخيار له حق الفسخ ـ أي: إزالة العقد بكامله ـ وذلك إما عن طريق القول أو الفعل ، وعليه ينتهي الخيار بإزالة العقد [١].

كما أن مَن يملك الخيار قد لا ينهي العقد،وإنما ينهي الخيار الحاصل بين العاقدين ، وعليه يرجع العقد إلى صفة اللزوم ، فرجوع العقد إلى اللازم يكون بأمور [٢]:

الأمر الأول: إجازة العقد : بأن يتصرف تصرفاً ، يدل على رضا صاحب الخيار بلزوم العقد .

---

(١) انظر درر الحكام ٢٩٦/١ .

(٢) انظر : درر الحكام لعلي حيدر ٢٩٨/١ ، مادة ٣٠٥ ومابعدها. والمعاملات الشرعية المالية ، أ. أحمد إبراهيم بك ص ١٠٥ ، مصادر الحق ٢٠٨/٤، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٦٠/٤ ، وفقه المعارضات د. أحمد الحجي الكردي ص ٢٧٠ ، ط. جامعة دمشق. الخامسة ١٩٩٦م .

والإجازة قد تكون بالقول، كأن يصدر منه قولاً يدل على الرضا ويدل على لزوم البيع ، مثل: أجزت العقد ، أو رضيت به .

وقد تكون الإجازة بالفعل : كأن يصدر من صاحب الخيار فعلاً يدل على رضاه بالعقد ، أوعلى قطع الخيار ، بأن يتصرف المالك في المعقود عليه بيعاً أو اجارة أو هبة أوغيره [(١)].

الأمر الثاني: ومن الأمور التي يرجع فيها العقد إلى لزومه : انتهاء الأجل المضروب، فإذا مضت مدة تحول العقد رجع العقد إلى اللزوم ، فإذا جعل العاقدان الأجل مثلاً ثلاثة أيام ، فبانتهاء الفترة ــ بدون فسخ ـ يرجع العقد إلى اللازم، دون حاجة إلى إذن أو إمضاء أو قول أو فعل يدل على الرضا ؛ لأن انتهاء الفترة دون فسخ للعقد معناه رضا العاقدين أو صاحب الخيار بالعقد .

الأمر الثالث: هلاك المبيع أو المعقود عليه في مدة الخيار :

وله أحوال ؛ لأن الخيار قد يكون للبائع أو للمشتري ، والمعقود عليه إما في يد البائع أو في يد المشتري .

فالعقد ينفسخ إذا كان الخيار للبائع ، وهلك المبيع في يده ؛ لعدم القدرة على التسليم .

وكذا إذا هلك المعقود عليه في يد المشتري والخيار للبائع، فعلى المشتري أن يرد مثل الهالك إن وجد له مثل أو القيمة ؛ لأن الخيار إذا كان للبائع لم يخرج المبيع عن ملكه ، فإن هلك المبيع فالمشتري ضامن لمثله أو لقيمته .

وإذا كان الخيار للمشتري ، وهلك المعقود عليه في يده فقد لزم البيع ، وسقط الخيار ، وضمن للبائع الثمن المحدد في العقد .

---

(١) المراجع السابقة .

وإذا هلك في يد البائع والخيار لغيره ، يفسخ العقد لذهاب العين المعقود عليها ، ولعدم القدرة على التسليم .

فالصور أربع : ثلاث منها يفسخ العقد بكامله ، وصورة واحدة يتحول العقد اللازم إلى جائز ، وهي إذا هلك المبيع في يد المشتري وكان الخيار له .

الأمر الرابع : موت من له الخيار :

ذهب الحنفية [(١)] والحنابلة[(٢)] إلى سقوط الخيار ولزوم العقد بموت صاحبه ، وسواء كان الميت البائع أم المشتري ، فإذا كان لأحدهما الخيار وتوفي ، فالعقد يلزم عندهم ؛ لأن الخيار لا يورث عند الحنفية والحنابلة .

أما المالكية[(٣)] والشافعية[(٤)] : فقد ذهبوا إلى أن الخيار يورث ، فالموت لا يسقط الخيار ولا يلزم العقد ، بل ينتقل الخيار للورثة ، ويكون لهم الخيار بعد ذلك في إجازة العقد أو الفسخ .

الخلاصة :

اقتصرنا في دراستنا لخيار الشرط وكيفية تحويله العقد اللازم إلى جائز على بعض المسائل التي يظهر فيها التحول ويختص به، وخلاصة ذلك :

١ ـ خيار الشرط هو : حق يملكه من يشترط الخيار في العقد، بجعل الحرية له في إمضاء وإلزام العقود أو فسخها في مدة محدود .

٢ ـ اتفق الفقهاء على أن الخيار سبب لجعل العقد اللازم جائزا في المدة المحددة .

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤٢/١٣ ، والبدائع ٢٦٨/٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١٤/٤ ، كشاف القناع ٢١٠/٣.

(٣) المدونة للإمام مالك ٢١٦/٣ ، ط. دار الكتب العلمية .

(٤) مغني المحتاج ٤٥/٢.

٣ ـ أن الفقهاء اختلفوا في أثر هذا التحول، هل تنتقل الملكية فيه للطرف الآخر أم تبقى في ملك صاحبها ، حتى يعود العقد إلى صفة اللزوم ، أو يفسخ ؟

٤ ـ أن العقد الذي جعله الشارع لازماً ، لا يتحول إلى الجائز مطلقاً دون توقيته بأن يستمر على الجواز ، وإنما التحول مؤقت بفترة محدودة ومعينة، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة ، وأما ما ذهب إليه المالكية من جواز إطلاق الخيار بدون مدة ، فهذا قائم عندهم على أن الخيار إذا لم يحدد بمدة فإنه يرجع فيه إلى العرف ، أو أن الحاكم يتدخل ويضرب خياراً محدد الأجل على حسب المعقود عليه وما يحتاج من فترة لخيار الشرط .

٥ ـ أن مدة الخيار لا يصح أن تكون مجهولة ، أو زائدة عن ثلاثة أيام عند الحنفية والشافعية ، والذي نرجحه في هذه المسألة أن كل شيء له فترة خيار ، وهذه الفترة تختلف باختلاف المعقود عليه، فتقدر على حسب ما يحتاجه العاقد للنظر في المعقود عليه .

٦ ـ أن العقد اللازم بعد تحوله إلى جائز ، يرجع إلى لزومه بالأمور التالية :

١ ـ الإجازة القولية منها أو الفعلية للعقد .

٢ ـ مضي المدة دون الفسخ .

٣ ـ هلاك المعقود عليه وفي معناه معيب المعقود عليه .

٤ ـ موت صاحب الخيار .

هذا أهم ما توصلنا إليه من خلال دراستنا لتحول العقد اللازم إلى جائز عن طريق خيار الشرط .

المطلب الثاني

تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار العيب

العيب في المعقود عليه : هو الذي يوجب نقصاً ورداءة في القيمة عند التجار وأهل الخبرة ، وبالعيب قد يفوت شيء مقصود ، أو قد تضيع فرصة حق المعقود عليه سواء في البدل أو المبدل عنه[١].

ومن أجمع من عرّف العيب في العقود الإمام الغزالي بقوله : "هو كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالباً ، وقد يكون ذلك بنقصان وصف أو زيادته "[٢].

أما خيار العيب ـ أو خيار النقيصة كما يطلق عليه الشافعية ـ : " فهو ما يكون للمتملك من حق فسخ العقد أو إمضائه، بسبب عيب يجده فيما تملك"[٣].

فمن خلال التعريف نعلم :

أولاً : أن العقد مستكمل الأركان والشروط ، ولتوافرهما تم انعقاده .

ثانياً : بعد انعقاد العقد ، أخذ أثر العقد الصحيح مجراه من التملك وانتقال الملكية إلى الآخر .

ثالثاً : بعد التملك ولزوم العقد ، يتحول العقد الموصوف باللزوم إلى عقد جائز؛ لظهور عيب غير متسامح فيه ، فيحق لمن ثبت عنده

---

(١) انظر : فتح القدير لابن الهمام ٣٥٥/٦ ، درر الحكام مادة (٣٣٨) ، ٣٤٣/١ .
(٢) الوسيط في المذهب ، للغزالي ١١٩/٣ .
(٣) انظر : درر الحكام ٣٣٥/١ ، الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٠٣ ، أحكام المعاملات الشرعية أ. علي الخفيف ص ٣٨٩.

العيب فسخ العقد ، أو الإمضاء عن طريق الرضا بالعيب ، ولهذا قيل: " خيار العيب يمنع اللزوم بعد التمام" [١].

فخيار العيب أحد الأسباب التي يتحول فيها العقد اللازم إلى عقد جائز بعد انعقاده .

ويمكن بيان علة تحول العقد اللازم إلى جائز بوجود العيب فيما يلي:

أولاً : أن الأصل في المعقود عليه أن يكون سالماً من العيوب الغير مرغوب فيها، وأن تتوفر الأوصاف المطلوبة أو المشروطة في العقد ، فعلى أساسه رضي العاقد وأمضى العقد؛ إذ لو يعلم العاقد بوجود العيب في السلعة أو في المعقود عليه بداية، لامتنع من إجراء العقد .

ثانياً : أن عدم السلامة من العيوب مفوت منفعة العاقد ، فجُعِل الخيار لتدارك ما يفوته من المنافع . يقول الأستاذ أبو زهرة معللاً سبب تحول العقد إلى جائز بالعيب: " لأن الانتفاع الكامل مطلوب ، وأن عقود المعاوضات تقوم في الشريعة على المساواة بين العوضين في نظر العاقدين ، وتحقق المساواة في مقابلة البدل بالبدل والسلامة بالسلامة "[٢].

فأخذ البدل ناقصاً وإعطاء المبدل كاملاً معدم للرضا والمساواة، وعليه يتحول العقد من اللازم إلى الجائز .

---

(١) انظر : مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٤٠/٢ ، شرح فتح القدير ٢٩٨/٦ ، وحاشية ابن عابدين ٧٧/٧ .

(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٠٣ ، وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٤ ، مغني المحتاج ٢١/٢ وما بعدها ، درر الحكام ٣٣٧/١ مادة (٣٣٦).

ثالثاً : أن العيب ضرر يلازم المعقود عليه ، أو ضرر واقع على العاقد ، والشارع قد أمر برفع الضرر ، الذي ظهر بعد انعقاد العقد ولزومه ، عن طريق فك اللزوم وإعطاء العاقد المتضرر بالمعقود المعيب فرصة الخيار من فسخ العقد أو إمضائه ، وهذا لا يكون إلا عن طريق تحول العقد من اللازم إلى الجائز .

وبظهور العيب لا يتحول العقد اللازم إلى جائز مباشرة، وإنما لابد من توافر الشروط التالية[١] :

الشرط الأول: قدم العيب : أي أن يكون العيب قديماً قبل إبرام العقد ، بأن حدث العيب عند صاحبه الأول قبل انتقال الملكية بالعقد أو قبل القبض ، فيتحول العقد . أما إذا حدث العيب عند المشتري فلا تحول ؛ لأن العيب لم يكن بسبب البائع ، إلا إذا كان سبب العيب البائع ووجد وظهر العيب عند المشتري فيتحول العقد جائزاً .

الشرط الثاني : ألا يعلم المشتري بالعيب القديم وقت العقد وعند القبض؛ لأن العلم بالعيب وقت العقد أو عند القبض ، يدل دلالة واضحة على الرضا بالعيب، فلا يتحول في هذه الحالة إلى جائز، ولا يصح للعاقد الفسخ .

فإذا ظهر من العاقد تصرف يدل على رضاه بالعقد مع قيام العيب بالمحل ، فلا يتحول العقد إلى جائز، وإنما يبقى على لزومه

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١٢٢/٧ ومابعدها ، شرح فتح القدير ٣٥٤/٦ وما بعدها، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٤٠/٢، البحر الرائق لابن نعيم ٥٨/٦، الفتاوى الهندية ٦٦/٣ ، البناية شرح الهداية للعيني ١٣٧/٧. شرح الخرشي على مختصر خليل ٤٨٥/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٥، القوانين الفقهية ص ٢٦٨، الذخيرة للقرافي ٥٢/٥ ، مغني المحتاج /٥٠ ، روضة الطالبين ٤٦٠/٣، حاشية إعانة الطالبين على فتح المعين ٥١/٣ ومابعدها، المغني ٤٦/٤ ، كشاف القناع علىمتن الإقناع ٢١٥/٣، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٤٤١/٤.

وهذا بخلاف ما إذا جهل العاقد العيب عند العقد أوعند التسليم فإن العقد يتحول إلى جائز .

وعليه يجب توافر ما يلي : أولاً : عدم العلم بالعيب ، ثانياً: ألا يصدر من العاقد ما يدل على رضاه بعد ظهور العيب والعلم به .

فإذا تحقق الأمران تحول العقد جائزاً ، وإلا بقي على لزومه .

الشرط الثالث : من الشروط التي تجيز للعقد اللازم التحول إلى جائز : استمرار العيب بعد ظهوره عند المالك الجديد ، فلو ظهر عيب قديم تحول العقد إلى جائز، ولكنه إذا زال العيب قبل فسخه بحيث لا يرجع العيب بعد زواله ، فلا يثبت له حق الفسخ ؛ لأن السبب قد زال وارتفع ، وبزواله زال حق الفسخ .

الشرط الرابع : أن يكون العيب الظاهر موجباً نقصاً ظاهراً في عرف التجار وأهل الخبرة . وهذا النقص سواء كان فاحشاً أو يسيراً، وسواء نقصت القيمة أو العين ، فكل هذه الأمور موجبة لتحول العقد إلى جائز [١].

هذا وقد ذهب المالكية [٢] إلى أن العيب الذي يجعل العقد جائزاً هو كل ما جرت العادة على السلامة منه ، مما تنقص به العين كقطع أذن الشاة ، أو ما تنقص به القيمة كالمرض الداخلي ، أو ما ينقص به التصرف ، كظهور الدابة المعيبة مؤجرة، أو مرهونة ، أو ما يخاف عاقبته مثل ظهور الشاة قليلة الحليب .

الشرط الخامس: خلو العقد من شرط البراءة من العيوب .

فإذا اشترط البائع البراءة من العيوب ، بأن يقول : إني بريء من كل عيب يظهر بالمحل ، ورضي المشتري بالعقد وما فيه من

---

(١) فقه المعاوضات ، د. أحمد حجي الكردي ص ٢٨٢ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٤ ، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٤٨٦/٥ ، وأحكام المعاملات الشرعية علي الخفيف ص ٣٨٩.

الشرط ، فلو وجد عيب أو ظهر عيب لا يتحول العقد إلى جائز ، بخلاف ما إذا لم يشترط وظهر عيب وتوافرت الشروط ، السابقة فالعقد يتحول من تلقاء نفسه إلى جائز .

والبراءة قد تكون من عيب معين ، أو من عدة عيوب معينة ، أو من كل عيب يظهر ، سواء سبب العيب من البائع وظهر عند المشتري أو كان العيب قديماً أو جديداً ، وسواء كان قبل القبض أم أثناء القبض أم بعد القبض ، فاشتراط البراءة منها مانعة للتحول .

وهذا ما ذهب إليه الحنفية ، من جواز اشتراط البائع البراءة على الصفة المذكورة ، فإذا رضي المشتري بالبراءة وظهر عيب فلا يتحول العقد للجائز ، ولا يحق للمشتري فسخ العقد للعيب الذي ظهر؛ لأن البائع اشترط البراءة من كل عيب مطلقاً .

ولكن إذا اشترط البائع البراءة من عيب معين وظهر عيب خلاف المشروط فيه البراءة ، فالعقد يتحول إلى جائز ، وللعاقد الفسخ أو الإمضاء إن رضي به ، وكذا يقال : إذا اشترط البراءة من عدة عيوب ، وظهر عيب غير المنصوص عليه.

واشتراط البراءة لا تحول العقد إلى جائز بظهور العيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ؛ لأن الإبراء إسقاط ، والإسقاط يكون للعيب المعين المعلوم ولغير المعلوم ، ولغير المعين ، رغم الجهالة به ؛ لأن هذه الجهالة عند الحنفية غير مفضية للنزاع في مذهبهم ؛ ولأن المشتري رضي بالشرط ، فكأنه رضي بالعيب الذي سيظهر سواء علمه أم لم يعلمه ، عينه أم لم يعينه (١)، فإذا قال البائع : أنا بريء من العيب الفلاني، وكان يعلم وجوده ، ورضي المشتري بالشرط ، فلا يحق للمشتري ـ بعد تمام العقد وظهور العيب ـ الفسخ.

---

(١) انظر : مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٥٢/٢ ، الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢١/٢، البدائع ٢٧٧/٥.

وذهب الإمام مالك[١] إلى أن اشتراط البراءة من كل عيب جائز في العيوب التي لا يعلمها البائع فقط دون التي يعلمها ، وهو الراجح عندهم ، وتوجد رواية عن الإمام مالك تجيز صحة اشتراط البراءة مطلقاً علمه أو لم يعلمه .

أما اشتراط البراءة من العيوب عند الشافعية [٢]:

فهم يفرقون بين العيوب الحاصلة قبل العقد ، وبين العيوب الموجودة بعد العقد وقبل القبض ، فالثانية لا يصح براءة العيوب منها، أما الأول فإنه يصح اشتراط البراءة من العيوب ، إذا كان العيب حاصلاً قبل العقد ، ولكن بشروط :

(١) أن يكون العيب باطناً غير ظاهر .

(٢) جهالة البائع بالعيب .

فإذا اشترط البراءة وتوافر معها الشروط فلا يحق للمشتري المطالبة بالفسخ ؛ لأن العقد بالبراءة لا يتحول إلى جائز وإنما يتمسك بصفة اللزوم .

وللحنابلة في صحة اشتراط البراءة روايتان [٣]:

الأولى : أنه لا يبرأ من أي عيب مطلقاً ، إلا إذا علمه المشتري ورضي به.

الثانية : تصح البراءة من كل عيب لا يعلمه البائع ، بخلاف ما لا يعلمه.

---

(١) هذه المسألة جاء فيها عشرة أقوال للإمام مالك وأصحابه عن شرط البراءة في حكم البراءة من العيوب . انظر القوانين الفقهية ص ٢٦٨.

(٢) انظر : مغني المحتاج ٥٢/٢ ، وإعانة الطالبين ٥٩/٣.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٣٥٩/٤ ، وكشاف القناع عن متن الإقناع ١٩٦/٣.

هذه الشروط متى توافرت في عيب ظهر في المعقود عليه ، تحول العقد إلى جائز ، بعد أن كان لازماً ، والتحول يحصل بنفسه ، بمعنى: أنه لا يحتاج إلى رضا العاقدين لتحول العقد إلى جائز .

وحكم العقد بعد التحول الجواز ، من حيث الفسخ أو الإمضاء ، فيحق لمن تحول له العقد إلى الجائز أن يفسخه إن لم يرض به ، أو يمضي العقد إن رضي بالعيب .

استمرار تحول العقد اللازم إلى جائز بعد العلم بالعيب :

علمنا أن العقد اللازم متى ظهر فيه عيب في المعقود عليه تحول العقد إلى جائز ، من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى القاضي أو رضا العاقدين ، أوحتى لو كان ظهور العيب بعد فترة طويلة من الزمن ، وتحققت الشروط الماضية يتحول العقد .

ولكن إذا ظهر العيب وتحول العقد هل لصاحب الحق التأخير في اختيار أحد الأمرين : الفسخ أو الإمضاء ؟ أي: هل الرد أو الرضا يكون على الفور أم له أن يتأخر بعض الوقت ؟ وإذا أخر الاختيار إلى متى يستمر العقد في جوازه ؟

اختلف العلماء في استمرار تحول العقد إلى جائز بعد علم المشتري أو العاقد الثاني بالعيب واتجهوا إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ذهب الحنفية [١] والحنابلة [٢] ، إلى أن خيار العيب ليس على الفور : أي يحق لصاحب الخيار التروي والتراخي في الرد ، ولكن بشرط ألا يتصرف في المعيب تصرف المالك ، من بيع أو استعمال في حاجة وغيرها من التصرفات ، وألا يظهر ما يدل على رضى صاحب الحق من قول أو فعل .

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ١٢٠/٧ ـ ١٢٤ ، درر الحكام ٣٥٠/١ .

(٢) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٤٥١/٤ ، وكشاف القناع للبهوتي ٢٢٢/٣ .

وتعليلهم بعدم فورية الاختيار واستمرار التحول إلى جائز : أن التحول وآثاره حق ثابت لمن ظهر عنده عيب في المعقود عليه ، وهذا الحق لا يسقط إلا بإسقاط صاحبه بالقول أو الفعل ، أما مضي الوقت فلا يسقط خيار العيب .

ولأن الخيار الحاصل بالعيب لم يجعل الشارع له وقتاً محدداً ، أو لم يحطه بزمن معين ، وإنما جعل لإنهاء الخيار قولاً يدل عليه ، أو فعلاً صادراً من صاحب الخيار يزيله.

وهذا القول أو الفعل إما يدلان على الرضا به ، كأن يقول: رضيت بالعيب أو يستخدم المعيب استخدام المالك . أو يدلان على فسخ العقد ، بالقول كـ : فسخت العقد ، أو بالفعل كرد المعيب لصاحبه الأول ؛ لأن العيب ضرر ثابت ، فلرفع الضرر لابد من التحول إلى جائز ، ورفع الضرر الحاصل لا يضر فيه التأخير؛ فما دام العيب موجوداً وجد معه حق الفسخ أو الإمضاء إلى أن يختار العاقد أحدهما.

الاتجاه الثاني : ذهب المالكية [1] والشافعية [2] ، إلى أن التحول إنما يكون مؤقتاً بعد العلم بالعيب ؛ لأن العاقد متى علمه، وجب عليه اختيار أحد الأمرين فوراً ، بحيث لا يعد متراخياً ومتأخراً في الاختيار بلا سبب .

فإذا تأخر عن الاختيار الفوري ، فإن حق الفسخ يسقط ؛ للزوم العقد بالتأخير والتراخي فى الاختيار ، فكأن التأخير وعدم الفسخ بعد العلم بالعيب يدل على رضا العاقد بالعيب وبالمعقود عليه ؛ إذ لو لم يرض لما تأخر في الفسخ،فعدم فسخه الفوري دل على رضاه بالعيب.

---

(١) انظر شرح الخرشي على مختصر خليل ٥٠٦/٥ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٢/٤.

(٢) روضة الطالبين ٤٧٨/٣ ، مغني المحتاج ٥٦/٢ .

وسبب اشتراط الفورية في الاختيار : أن تأخير الاختيار فيه ضرر على العاقد الآخر ، ولدفع الضرر وجب الرد الفوري إلا إذا وجد عذر في التأخير أو سبب ، فيستمر العقد على جوازه .

وننتهي إلى أن التحول إلى عقد جائز بسبب العيب ، في الأصل هو مؤقت ، لأنه في النهاية لابد من رجوع العقد للزومه أو رفعه ، ولكن هذا التحول اختلف الفقهاء في استمراره بعد العلم بالعيب وبعد ظهور العيب : فذهب الاتجاه الأول إلى أن العاقد ـ صاحب الخيار ـــ له حق التأخير والتراخي في الاختيار ؛ لأن العقد إنما تحول بسبب العيب ، والعيب مازال موجوداً، وعليه لا يسقط الخيار لاستمرار موجبه ، إلا إذا ظهر منه ما يدل على الفسخ ، أو الرضا ، والاتجاه الثاني جعل الخيار على الفور بمجرد العلم بالمعيب .

هل يستمر التحول بعد موت صاحب الحق ؟

بعد أن علمنا أن المعقود عليه إذا ظهر فيه عيب ، فإن العقد يتحول من اللازم ـ الذي لا يحق لأحد العاقدين فسخه ـ إلى جائز .

وعلمنا أن التحول إلى الجائز مؤقت في الأصل ، إلا أن فترة التحول قد تطول بعض الشيء بعد ظهور العيب .

ولكن إذا مات من له حق الفسخ أو الإمضاء هل ينتهي حقه ؟ أي هل التحول الذي ثبت يستمر للورثة ؟ فكما تحول العقد لصاحبه يستمر متحولاً للورثة ويثبت لهم ما ثبت للميت، فيكون لهم حق الفسخ أو الرضا بالعيب وإمضاء العقد وإلزامه .

اتفق الفقهاء[(١)] في هذه المسألة : حيث ذهبوا إلى أن خيار العيب يستمر للورثة ، ولا يسقط بالموت ـــ أي: التحول الذي حدث

---

(١) الفتاوى الهندية ٦٦/٣ ، شرح الخرشي ١١٨/٥، التهذيب للبغوي ٣١٧/٣ ، كشاف القناع ٢٣٨/٣، وأحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ص ٣٩٨ ، المعاملات الشرعية المالية ، أحمد ابراهيم بك ص ١٠٥، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٤٠٩.

عند العاقد المتوفى يستمر إلى الوارث ـ فالعقد كما كان جائزاً للميت يكون جائزاً للورثة . وعللوا ذلك : بأن العيب تعلق بالمعقود عليه ، والخيار حق لمالك المعقود ، فلما تغير المالك ، لم يسقط حق الخيار الذي كان للميت ؛ لوجود العيب ، فلما انتقل المعقود عليه للوارث استحق أن يكون سليماً من العيوب ، ولما لم يكن كذلك ، استمر معه حق الفسخ أو الإمضاء .

كما عللوا ذلك بأن الخيار حق ، والورثة يرثون من الميت الحقوق كما يرثون منه الأشياء والأموال ، فالحقوق والمطالبة بها تنتقل إلىالورثة ، والخيار أحد الحقوق فينتقل إلى الورثة .

أسباب سقوط التحول :

قلنا: إن التحول يثبت بوجود العيب ، ويستمر التحول إلى أن يفسخ أو يرضى صاحب الخيار بالعقد ، ولكن هناك أسباب تسقط التحول مع وجود العيب ، أو حالات تمنع قيام الخيار الحاصل ، وهي(١):

١ ـ الرضا بالعيب بإسقاط حق الخيار ، بعد ظهوره والعلم به، وذلك يكون بالقول أو الفعل ، كقوله : رضيت بالعيب أو أسقطت حقي، أو أن يتصرف بالمعقود تصرف الراضي به ، من بيع أو هبة أو إجارة وغيرها .

فإذا رضي بالعيب، فالتحول الحاصل أو الخيار الثابت له يسقط ويلزم العقد.

---

(١) انظر : شرح فتح القدير ٣٥٤/٦ ومابعدها ، البحر الرائق ٥٨/٦ ، الفتاوى الهندية ٦٦/٣، شرح الخرشي على المختصر ٤٨٥/٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٧٥/٤ ، مغني المحتاج ٥٠/٢ ، حاشية إعانة الطالبين ٥١/٣ ، المغني لابن قدامة ٩٦/٤ ، كشاف القناع ٢١٥/٣.

٢ ـ هلاك المعقود عليه عند صاحب الخيار ، سواء كان الهلاك بآفة سماوية أم بفعل المشتري أم بفعل أجنبى .

٣ ـ حصول زيادة منفصلة أو متصلة غير متولدة من الأصل ، أو نقص في المبيع ، أو عيب جديد ظهر عند المالك الجديد ، فكل هذه الأمور تسقط التحول الذي حصل مع قيام العيب .

٤ ـ انتهاء حكم العقد عن طريق الفسخ ، فإذا فسخ صاحب الخيار ، فالخيار ينتهى مع الفسخ .

٥ ـ يسقط التحول بزوال العيب بعد ظهوره ؛ لأن السبب قد ارتفع ، وبارتفاعه ينتهى التحول ويلزم العقد .

٦ ـ وجود شرط البراءة من العيوب وقد مر تفصيله .

هذا ما يمنع التحول ، أو يسقطه بعد وجوده .

وفي النهاية نخلص إلى ما يلي :

أولا: أن العيب أحد الأسباب التى يتحول فيها العقد اللازم إلى جائز .

ثانيا: بظهور العيب يتم تحول العقد بنفسه دون حاجة إلى رضا العاقدين أو حكم القاضي .

ثالثا : سبب التحول بالعيب : عدم سلامة المعقود عليه ، وهذا يعني عدم وجود الرضا ، وعدم المساواة في البدل والمبدل . فأعْطي من وُجِدَ عنده العيب فرصة للإمضاء أو الفسخ .

رابعاً: أن تحول العقد اللازم إلى جائز له شروط ، منها :

أ ـ قدم العيب .

ب ـ عدم العلم بالعيب وقت العقد أو عند القبض .

جـ ـ استمرار العيب بعد ظهوره .

د - العيب الموجود موجب نقصا .

هـ - عدم وجود شرط البراءة من العيوب .

خامساً: قد وجد خلاف بين الفقهاء في استمرار التحول بعد الاطلاع على العيب ، فمنهم من قال: هو على التراخي ، ومنهم من قال : يجب الرد على الفور .

سادساً: وقد اتفق الفقهاء على أن التحول يستمر كذلك بعد موت صاحبه، وينتقل للورثة ، فيكون لهم الحق في فسخ العقد أو الإمضاء.

سابعا: في النهاية تطرقنا إلى أسباب سقوط التحول وذكرنا منها ستة ، وهي :

١ - الرضا بالعيب .

٢ - هلاك محل العقد .

٣ - حصول زيادة في المعقود عليه .

٤ - فسخ العقد .

٥ - زوال العيب .

٦ - اشتراط البراءة من العيب .

هذه أهم النقاط التي تطرقنا إليها ، والخاصة بتحول العقد اللازم إلى جائز بسبب خيار العيب .

المطلب الثالث

تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار المجلس

خيار المجلس أحد الخيارات المختلف فيه وفي ثبوته ، فهل يثبت تحول العقد اللازم إلى جائز باستمرار مجلس العقد أم لا ؟

تعريف مجلس العقد :

كلمة مجلس : اسم زمان أو مكان ، مشتق على وزن مَفْعِل ، قد يدل على الزمان أو المكان أو هما معاً ، فعندما نقول هذا مرمى زيد : قد يراد به وقت رمي زيد القوس ، أو موضع رمي زيد ، أو يراد وقت ومكان رمي زيد معاً ، كذا يقال عند قولك : هذا مجلس زيد ، أي: مكان جلوسه أو زمان جلوس (١).

فإضافة المجلس للعقد ، يراد به الزمن الذي يتم فيه التعاقد ــ أي : زمن صدور الإيجاب والقبول ــ كما يراد به أيضاً : المحل أو المكان الذي تم فيه العقد.

فمجلس العقد شرعاً :" هو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد ، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد ، وتنتهي بالتفرق ، وهو مغادرة أحد العاقدين المكان الذي حصل فيه العقد "(٢).

والأصل في العقود اللازمة أنها تكتسب صفة اللزوم بتمام الإيجاب والقبول، فمتى صدر من العاقد الأول ايجاب ، وقوبل هذا الإيجاب بقبول من الآخر ، فقد تم العقد مع لزومه .

---

(١) انظر : فتح الأقفال وحل الإشكال بشرح لامية الأفعال ، لجمال الدين محمد بن عمر المعروف ببحرق ت ٩٣٠ هـ ص ٢٠٣ ، تحقيق د. مصطفى النحاس ، ط. جامعة الكويت ١٩٩٣م .

(٢) انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٩/٢ وضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ص ١٢٩.

إلا أن ابن عمر ، وسعيد ابن المسيب [١]، والحسن البصري[٢]، والأوزاعي [٣] وجمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة ذهبوا إلى تحول العقد ـ الذي أصله اللزوم ـ إلى جائز عن طريق استمرار مجلس التعاقد ، فيحق للعاقدين فسخ العقد ما داما في المجلس الذي تم فيه العقد، وهذا ما يسميه الفقهاء خيار المجلس [٤].

فخيار المجلس : هو الحق الذي يملكه كل من العاقدين ـ مادامـا بمجلس العقد ـ في إمضاء العقد أو فسخه [٥].

---

(١) سعيد بن المسيب : هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب بن عمرو ، أبو محمد ، عالم أهل المدينة وسيد التابعين ، ت سنة ٨٦ هـ . انظر: تذكرة الحفاظ ٢٥/١ ، الأعلام ١٠٢/٣.

(٢) هو : الحسن بن يسار البصري ، إمام أهل البصرة ، وحبر الأمة ، ولد بالمدينة وسكن البصرة ، وله كتاب في فضائل مكة ، عرف بعلمه وزهده وتقواه . تذكرة الحفاظ ٣٥/١ ، الأعلام ٢٢٦/٢.

(٣) الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن يحْمَد الأوزاعي ، شيخ الإسلام وعالم أهل الشام، من الفقهاء المحدثين ت سنة ١٥٧ هـ ، له مؤلفات منها كتاب السنن في الفقه،والمسائل في الفقه ، انظر: تذكرة الحفاظ ١٥/١ ، معجم المؤلفين ١٦٣/٥.

(٤) قد خالف جمهور الفقهاء كلٌ من الحنفية والمالكية ، فقالوا : إن العقد يكتسب صفة اللزوم بمجرد انتهاء الإيجاب والقبول ، ولا يثبتون للمجلس أي خيار . وقد اكتفيت بذكر أدلة القائلين بالجواز لأن البحث الذي نحن فيه تحول اللازم إلى جائز ، والحنفية والمالكية لا يثبتون ذلك ، فلا نتطرق إلى رأيهم ولا إلى أدلتهم ؛ لأنا لا نريد الخوض في إثبات الخيار أو عدمه ؛ لأن عدم إثبات الخيار معناه عدم تحول العقد إلى الجائز ، والذي يخصنا ما يتعلق بالتحول ، فنقتصر على ما ذهب إليه الجمهور من إثبات خيار المجلس . ومن أراد معرفة أدلة كل من الفريقين في إثبات الخيار أو الرد عليه ، فعليه بالكتب التالية : بدائع الصنائع ٢٢٨/٥، وشرح الخرشي ٤٥٤/٥، المجموع للامام النووي ٢١٨/٩ ، والحاوي للماوردي ٣٠/٥ ، كشاف القناع ١٩٨/٣، والملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة : حيث ذهب إلى أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم إلا بتفرق المجلس ، وذلك أحرى بالقبول . ص ١٩٠ . وكتاب مبدأ الرضا : فقد ناقش المسألة نقاشا طويلاً لم يترك للحائر خيارا بعده مرجحا مذهب الجمهور ١٠٧٩/٢ ـ ١٠٩٠ .

(٥) انظر: الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ص ١٨٥ .

فأصل العقد اللازم أن يتم بلزومه ولا خيار فيه ، وأما خيار المجلس القائل به جمهور الفقهاء إنما جاء على خلاف القياس ؛ لأن القياس في العقود ، كالبيع والإجارة أو ما شابهها أن تتم لازمة ، لا يحق لأحد فسخها إلا بالإقالة ، فلما جاء الشرع وجعل للعاقدين حق الفسخ أو الإمضاء مدة دوامهما في المجلس الذي وجد فيه العقد ، أجزنا ذلك وقلنا بتحول العقد الذي الأصل فيه اللزوم إلى الجواز .

ودليلهم في مخالفة القياس ما روي بأسانيد مرفوعة عن الصحابة كابن عمر ، وحكيم بن حزام ﷺ ، فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : " إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً ، أو يخير أحدهما الآخر ، فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع ، فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع "(١).

وعن حكيم بن حزام عن النبي ﷺ قال : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا "(٢).

ومما يدل على ثبوت العمل بالحديث ، فعل ابن عمر (رضي الله عنهما) الذي روى الحديث السابق ، فلم يخالف ما رواه وإنما جاء في الأثر: أن ابن عمر (رضي الله عنهما) إذا بايع الرجل ولم يخيره فأراد أن يقبله قام هنيهة ثم رجع(٣).

---

(١) رواه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب البيوع ، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ، رقم [٢٠٠٦] ٧٤٤/٢.
رواه الإمام مسلم في صحيحه كتاب البيوع ، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين رقم [١٥٣١] ١١٦٣/٣ .

(٢) رواه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب: البيوع ، باب: البيعان بالخيار ، رقم [٢٠٠٤] ٧٤٣/٢.
والإمام مسلم في صحيحه باب الصدق في البيع رقم [١٥٣٢] ١١٦٤/٣ .

(٣) نفس المراجع الحديثية السابقة .

فهذه بعض الآثار التي تدل على أن خيار المجلس وإن جاء مخالفاً القياس إلا أن الشارع أجازه ، وعليه يتحول العقد من اللازم إلى الجائز مادام مجلس العقد مستمراً .

وحديثنا عن خيار المجلس خاص فيما يتعلق بالعقود اللازمة في أصلها ؛ لأن العقود الجائزة ، والتي يحق لكل أحد من العاقدين فسخها متى شاء ، لا خلاف بين الفقهاء على أنها لا يثبت لها خيار مجلس ، كما لا خيار شرط فيها .

وكذلك من العقود التي لا يدخلها الخيار مع لزومها النكاح والخلع ، فلا يدخلهما الخيار ؛ لأنهما لم يُقْصَدَا للمال فلم يدخلها الخيار[1].

فاقتصر التحول على العقود اللازمة التي يقصد منها العوض فقط ، والحديث عن التحول ينحصر في وقت بدايته، وعن زمنه ومدة فترته ثم عن نهايته.

وقت بداية التحول :

من أركان العقد التي لا يتم العقد بدونها : الصيغة ، ويراد بها في اصطلاح الفقهاء : الإيجاب والقبول معاً .

والإيجاب هو : ما صدر من العاقد الأول ، والقبول ما يقابله من الرد بالموافقة ، وعليه يتم العقد ، وينعقد على صفته إما لزوماً أو جوازاً ، ولكن الفقهاء قد جعلوا للصيغة شروطا لا تتم إلا بها .

فمنها : أن يكون الإيجاب والقبول صدرا في مجلس واحد ، أي: في مجلس العقد.

---

(١) انظر : التهذيب للبغوي ٢٩٢/٣ ، والملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ١٨٥ ، مبدأ الرضا ١٠٩٠/٢.

وعليه لو وجد الإيجاب وحده فلا نقول : إن العقد اكتسب صفة اللزوم أو إن العقد منعقد ؛ وذلك لعدم مقابلته بالقبول من الطرف الآخر .

وكذا إذا وجد الإيجاب وحده ولم يصدر القبول في نفس المجلس، وإنما صدر في مجلس آخر غير الذي انشىء فيه الإيجاب .

فلا نقول في كلتا الصورتين: إن العقد صحيح ومنعقد ، وأخذ صفة اللزوم ؛ لأن العقد حتى يتصف باللزوم أو الانعقاد أوالصحة يجب أن يصدر الإيجاب ويقابله القبول ، ويكونان في مجلس واحد .

فإذا قال البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة بكذا ، فهذا الإيجاب لا يمكن أن يجعل للعقد أحكاماً ، ولا التزاماً للطرفين ، ولا يتحول العقد إلى جائز بمجرد الإيجاب ، ولكن إذا قال المشتري: قبلت البيع بالمبلغ المذكور فقد انعقد العقد ، والأصل: أن ينعقد على صفة اللزوم إلا أنه تحول إلى الجائز لدوام مجلس العقد .

فالتحول يثبت بعد إبرام العقد أو بعد أن يتم الإيجاب والقبول بشروطها لا قبل ذلك .

امتداد الخيـــار :

إذا تحول العقد إلى جائز بسبب خيار الملجس، فهل لهذا التحول وقت محدد ؟ أي: هل يجب تحديد خيار المجلس بوقت معين كخيار الشرط أم أن مدته معلقة ؟

جمهور الفقهاء المجيزين لخيار المجلس يقولون : إن تحول العقد يستمر استمرار مجلس العقد ، ويثبت للعاقدين حق الفسخ حتى يفترق كل منهما عن مجلس العقد ، الذي أنشىء فيه العقد .

وعليه لا يمكننا تحديد التحول بوقت معين ، فهو خيار غير محدد بساعة أو يوم أو يومين ، وإنما وقته معلق على التفرق أو التخاير .

يقول الإمام النووي : " فلو أقاما [أي العاقدان] في ذلك المجلس ـ الذي تم فيه العقد ـ مدة متطاولة ، كسنة أو أكثر ، أو قاما أو تماشيا مراحل ، فهما على خيارهما، هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور "[1].

فالتحول عندهم غير مقيد بزمن محدد أو معين ؛ لأن التفرق غير معلوم وقته، فلم يعلم إلى متى يمتد وقت التحول .

وكذلك يمتد وقت التحول في مجلس العقد بعد تمام العقد ، ولو أعرض العاقدان بالحديث عما يتعلق بالعقد ، وحتى لو عقدا عقدا آخر في نفس المجلس ، فإن التحول مستمر للعقد الأول ؛ إذ لا عبرة بالتفرق بالأقوال ، وإنما العبرة بالتفرق بالأبدان .

وقد يظن البعض أن هذا النوع من التحول فيه غرر؛ لعدم العلم بوقت انتهائه ، أو لعدم تحديده بمدة معينة .

فنقول إن التحول إنما شرع للنظر في أمر العقد ، وبزيادة وقت الجواز في العقد يزاد معه النظر وإمعان الفكر ، فهو من باب الاحتياط وإعطاء أكبر فرصة لإزالة التردد وعدم الندم ، وعليه جاز امتداد فترة التحول .

ولما كان خيار المجلس يتساوى فيه العاقدان في حق الفسخ أو الإمضاء ، فمن أراد منهم إلزام العقد وإنهاء الخيار ، فقد جعل الشارع له فرصة من خلال التفرق بالأبدان ، أو أن يتم إنهاء التحول

---

(١) انظر : المجموع للنووي ٢١٣/٩ ، وانظر مغني المحتاج ٤٥/٢ ، والمغني لابن قدامة ٧١/٤ ، وكشاف القناع ٢٠٠/٣.

عن طريق التخاير بأن يقول : اخترت إمضاء العقد وفسخ الخيار ، فعليه يلزم العقد ، ويكون لازما بعد الجواز.

فالغرر الناشيء عن جهالة وقت انتهاء الخيار ، منتف ، ويمكن لكل من العاقدين إلزام العقد متى شاء إذا رضي به ، فكما جعل الشارع لهما خياراً معلق الوقت ، كذلك جعل لهما حق إلزام العقد وترك الخيار بالتفرق أو بالتخاير .

هذا وقد ذهب رأي آخر ــ ممثلاً بالقاضي حسين [١]، وإمام الحرمين [٢] والغزالي ــ إلى أن تحول العقد إلى جائز في المجلس شرطه ألا يزيد على ثلاثة أيام ؛ قياساً على خيار الشرط ؛ لأن خيار الشرط يمتد من تمام العقد إلى ثلاثة أيام ، ولا يصح أكثر من ذلك ، فيقاس عليه خيار المجلس ، بألا يزيد وقته عن ثلاثة أيام [٣].

كما يوجد رأي آخر قاله الرافعي [٤] من الشافعية ، وهو : أن التحول يستمر حتى يشرع العاقدان في أمر آخر ، فإذا تم العقد واستمر الكلام عن العقد نفسه أخذاً وعطاءً ، فالتحول مستمر ، وإذا أعرضا عما يتعلق بالعقد وطال الفصل انقطع الخيار ورجع العقد إلى لزومه [٥].

---

(١) القاضي حسين : ابن محمد بن أحمد المروزي ، أبو علي ، شيخ الشافعية ، يلقب بحبر الأمة ، له كتاب : الفتاوى والتعليقة الكبرى ، توفى سنة ٤٦٢هـ ، انظر: سير أعلام النبلاء ٢٦١/١٨.

(٢) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، أبو المعالي ، إمام الحرمين ، شافعي، توفى ٤٧٨هـ ، له مؤلفات منها : الكافية في الجدل، الورقات ، نهاية المطلب وغيرها ، انظر : طبقات الشافعية الكبرى ١٦٥/٥.

(٣) المجموع للنووي ٢١٣/٩ .

(٤) الرافعي هو : عبد الكريم بن محمد ، أبو القاسم ، من كبار الشافعية ، له مؤلفات منها المحرر ، فتح العزيز ، شرح مسند الشافعي ، ت ٦٢٣هـ ، الأعلام ٥٥/٤.

(٥) المجموع للنووي ٢١٣/٩.

أسباب انتهاء التحول ورجوع العقد إلى صفته الأصلية،وهي اللزوم:

توجد أسباب لانتهاء التحول الذي جاء به الشارع ، وإذا انتهى التحول رجع العقد إلى صفة اللزوم ، وهذه الأسباب هي [١]:

السبب الأول: التفرق :

والتفرق المراد به هنا تفرق الأبدان ، فإذا قام العاقدان أو أحدهما عن المجلس الذي تم فيه العقد ، ولم يسبق القيام فسخ للعقد أو خيار شرط ، فقد لزم العقد بمجرد التفرق .

أما إذا قاما معاً دون تفرق ولو أياماً وليالي يستمر معهم التحول، ويكون لكل واحد منهما حق الفسخ .

ودليلهم في ذلك ما روي عن أبي الوَضِيء واسمه عباد بن نُسَيْب قال : غزونا غزوة فنزلنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً لغلام ، ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما ، فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل ، فقام إلى فرسه يسرجه وندم ، وأتى الرجل وأخذه بالبيع فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال: بيني وبينك أبو برزة ـ صاحب النبي ﷺ ـ فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر ، فقالوا له القصة ، فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ : قال رسول الله ﷺ : " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " وفي رواية قال أبو برزة: ما أراكما افترقتما[٢].

فالتفرق متى حصل من أحد العاقدين ـ ولو كان ناسياً أو جاهلاً ـ لزم العقد، والعبرة في كيفية اعتبار التفرق هو العرف ، فإذا قام العاقدان وافترقا بالأبدان ، بأن مشى كل واحد منهما لجهة مقصده،

---

(١) انظر : التهذيب للبغوي ٣/٣٠٧ ، والمجموع للنووي ٩/٢١٣ ، ومغني المحتاج ٢/٤٥، المغني ٤/٧١، حاشية الروض المربع ٤/٤١٧، المبدع شرح المقنع ٤/٦٥، فقه المعاوضات د. أحمد حجي الكردي ص ٣٢٦ ، وضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ص١٣٥ .

(٢) رواه أبو داود في سننه ، كتاب الإجارة ، باب في خيار المتبايعين، رقم (٣٤٥٧) ٣/٢٧٣.

والعرف يقضي أن المشي بهذه الصورة تفرق ، فنعتبره تفرق ، ويلزم العقد به ، وكذا إذا كانا في صحراء أو دار صغيرة.

وإلزام العقد بالتفرق وانتهاء التحول به ، أمر متفق عليه عند من أجاز خيار المجلس ، واتفقوا كذلك على أن العقد بعد تمامه ، إذا فسخه أحد العاقدين، فإنه ينفسخ ماداما في مجلس العقد ، ولم يتفرقا بالأبدان ، وإذا تفرقا بالأبدان ولم يفسخ أحدهما ولم يكن بينهما أي خيار، فإن العقد لازم، ولا يحق لأحد الرجوع عنه .

السبب الثاني : من الأسباب المنهية للتحول الحاصل بالمجلس التخاير[١]:

والتخاير معناه : اختيار لزوم العقد أثناء المجلس وبعد تمام العقد ، فالتخاير هو: إسقاط حق الفسخ ، وقد يكون صريحاً من العاقدين بأن يقولا : اخترنا لزوم العقد ، أو ألزمناه ، أو من أحدهما بأن يقول: اخترت إمضاء العقد وإلزامه ، فيصح إسقاط التحول بالتخاير من طرف واحد ، ويستمر العقد جائزاً للطرف الآخر .

وقد يكون التخاير دلالة أو ضمناً ، بأن يتصرف كل من العاقدين في المبيع تصرف المالك لمحل العقد ، بأن يبيع المعقود عليه لآخر ، وهذا معناه اختيار لزوم العقد وفسخ الخيار .

وقد وجد بعض الخلاف ممن أثبت خيار المجلس في انتهاء التحول بالتخاير، فقد ذهب الجمهور من الشافعية وهو رواية عند الإمام أحمد إلى أن التخاير مسقط للتحول وملزم للعقد .

وخالف في ذلك بعض الشافعية ، وهو الرواية الأخرى عن الإمام أحمد [٢]؛ أخذاً برواية " البيعان بالخيار ما لم يتفرقا " من غير

---

(١) انظر : التهذيب للإمام البغوي ٣/٣٠٧ ، المجموع للإمام النووي ٩/٢١٢ ، والمغني ٤/٧٢.

(٢) انظر : المراجع السابقة .

الأخذ بالزيادة المفيدة لنا حكماً آخر، وهو أن انتهاء الخيار يكون بالتفرق وبالتخاير ؛ للحديث السابق عن النبي ﷺ :" إذا تبايع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر " [١].

يقول ابن قدامة بعد ترجيح رأي الجمهور : " والأخذ بالزيادة أولى ، وهي صريحة في الحكم " [٢].

فحجة من قال بأن التخاير مسقط لتحول العقد أرجح ، وعليه لا يحق لأحد الفسخ بعد التخاير ، وذلك للروايات المكملة بعضها بعضا.

السبب الثالث : الموت :

فلو مات أحد العاقدين فإن التحول إلى الجائز يسقط ويكون العقد لازماً .

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة فى ظاهر روايتهم [٣]، ورواية عند الشافعية [٤].

وذلك لأن التفرق أو التخاير أمور تتعلق بإرادة العاقد، ومن غير المعقول تصور وراثة الإرادة ؛ لأنها من الأمور الباطنة التي لا يمكن لأحد الاطلاع عليها ، فلم يورث .

وكذلك لأنا لما قلنا: التفرق بالأبدان أحد أسباب سقوط التحول ، فالتفرق والخروج من الحياة الدنيوية أولى لسقوط التحول وللزوم العقد، فالموت أبلغ تفرقا من التفرق بالأبدان .

---

(١) سبق تخريجه ص ٤٥٦.
(٢) المغني ٧٣/٤.
(٣) المغنى ٨٦/٤.
(٤) المجموع ٢٤٦/٩ .

هذا وقد ذهب جمهور الشافعية في الأصح عندهم[١] وهو الرواية الأخرى عند الحنابلة[٢] إلى أن الموت لا يسقط التحول ، وإنما ينتقل الخيار للورثة ؛ لأن العاقد لما مات في مجلس العقد كان الخيار ثابتاً في حقه ، وحقوق الميت تورث ، فيثبت للوارث خيار العيب والشرط وكذلك خيار المجلس ، فلا يسقط حق التحول ، وإنما ينتقل خيار المجلس من الميت إلى الوارث ، فإن كان الوارث حاضراً في المجلس صار له حق الفسخ أو إلزام العقد ، عن طريق التخاير أو التفرق بالأبدان .

وإن كان الوارث غائبا عن المجلس الذي حصل فيه العقد ، فمتى وصله خبر الموت يثبت له الخيار فيه ، ويمتد ما دام في المجلس الذي وصله الخبر فيه حتى يفارق أو يختار لزوم العقد .

هذه هي الأحكام التي تتعلق بتحول العقد في مجلس العقد بعد تمامه وكماله إلى جائز ، ولم نتطرق في حديثنا إلى كل أحكام خيار المجلس وإنما اقتصرنا على ما يختص بالتحول فقط من وقت بدايته ومروراً باستمراره ووصولاً إلى انتهائه .

خلاصة هذا المطلب :

١ ـ أن خيار المجلس : هو الحق الذي يملكه كل من العاقدين ـ مادامًا في مجلس العقد ـ في إمضاء العقد أو فسخه .

٢ ـ يستمر خيار المجلس استمرار العاقدين فيه .

٣ ـ ينتهي التحول الحاصل بسبب خيار المجلس بأمور منها :

ا ـ التفرق بالأبدان .

ب ـ التخاير .

جـ ـ الموت .

---

(١) المرجع السابق نفس الموضع .

(٢) الإنصاف للمرادي ٤/٣٧٠.

المطلب الرابع

تحول العقد اللازم إلى جائز بخيار الرؤية

من الأسباب التي يتحول فيها العقد اللازم إلى جائز : خيار الرؤية.

لما كان المعقود عليه أحد مقومات العقد ، جعلت له شروط لابد من تحققها ، منها : أن يكون المعقود عليه موجوداً، فلا يصح بيع المعدوم ، ومنها : أن يكون معلوماً علماً يمنع النزاع بين الأطراف ، إما بالرؤية أو بالوصف الدقيق إلى غير ذلك (١).

والشرط الذي يهمنا هنا ، معلومية المعقود عليه ، فأحياناً لا يستطيع البائع إحضار المبيع ، وقد لا يقدر المشتري على رؤية المبيع في الحال ؛ لبعد أو مرض أو أي سبب آخر يمنعه من الرؤية مع حاجة المشتري للعين الغائبة .

وخيار الرؤية هو حق ـ سببه عدم رؤية المعقود عليه ـ يُثبت للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين ، والذي تم العقد عليه إلا أنه لم يره(٢).

---

(١) شروط المعقود عليه كثيرة قد تصل إلى سبعة :
١ ـ أن يكون موجوداً .
٢ ـ أن يكون مالاً .
٣ ـ أن يكون مملوكا مأذونا في بيعه .
٤ ـ أن يكون مقدور التسليم .
٥ ـ أن يكون معلوما بالمشاهدة أو الوصف .
٦ ـ أن يكون منتفعاً به شرعاً .
٧ ـ أن يكون ظاهراً .
انظر : أحكام المعاملات الشرعية ، علي الخفيف ص ٢٥٢ ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع ص ٥٣ ، محمد سلامه ، وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية ، والبيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ص ٤٦ . د. محمد توفيق رمضان البوطي . ط. دار الفكر المعاصر.

(٢) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٥/٢ ، العناية شرح الهداية ٣٣٥/٦ ، نظرية العقد أ.د. محمد أحمد سراج ص ٢٠٠ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٦٤/٢٠.

وعليه هل يصح بيع العين الغائبة التي لم تر بعد ، مع ثبوت الخيار عند الرؤية ؟

الأصل في العقود أن تقوم على الرضا ، والرضا من الأمور الباطنة التي لا يمكن معرفتها ، ولا الاطلاع عليه ، إلا عن طريق الأمارات التي تدل على الرضا ، ومنها العلم بالمبيع عن طريق الرؤية ، فإذا كان المعقود عليه موجوداً إلا أنه لا يمكن رؤيته إلا بعد فترة من الزمن ، فهل يصح العقد دون الرؤية ويختل شرط من الشروط الدالة على رضا العاقد أو على أساس توافر الرضا وعدمه ، اختلف العلماء في جواز بيع العين الغائبة .

فذهب كل من الحنفية [١] والمالكية [٢] والشافعي [٣] في مذهبه القديم والحنابلة في رواية [٤]: إلى صحة بيع العين الغائبة . وببيع العين الغائبة يتحول العقد اللازم إلى جائز عندهم ، وسبب التحول للجائز عدم توافر شرط الرؤية في المبيع ، فعليه يتحول العقد إلى الجائز ، إلى أن يستكمل الشروط التي جعلت أمارة على الرضا .

فلما وجد الخلل من عدم رؤية المعقود قوبل الخلل بما يرفعه من ثبوت الخيار للعاقد ، فصح العقد مع تحوله إلى جائز .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار للموصلي ١٥/٢ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣٤/٢ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٣٤/٦ ، درر الحكام ٣١٩/١ ـ ٣٣٣ .

(٢) خيار الرؤية عند المالكية يسمى خيار الوصف ، وخيار الوصف يثبت للبائع إذا لم يجد المبيع على الصفة التي جاءت في العقد فقط ، فأحكامه تختلف بعض الشيء عن خيار الرؤية عند الحنفية . انظر: التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي ص ٣٦٢ ، المقدمات الممهدات لأبي الوليد ابن رشد ٧٧/٢ .

(٣) التهذيب للبغوي ٢٨٢/٣ ، الوسيط في المذهب للغزالي ٣٦/٣ . المجموع للنووي ٣٤٨/٩ ، ومغني المحتاج للشربيني ١٨/٢ .

(٤) المغني ٧٧/٤ .

وذهب الإمام الشافعي [١] في مذهبه الجديد والرواية الأخرى للحنابلة[٢]: إلى بطلان بيع العين الغائبة، ودليلهم في ذلك أن النبي ﷺ: " نهى عن بيع الغرر".

ويتحقق الغرر في عدم الرؤية من جهتين :

الأولى : عدم العلم بالمبيع هل هو سالم أو معيب أو هالك ؟

الثانية : عدم التحقق من الوصول إليه لأنه قد لا يصل للمعقود عليه .

وقد استدل الجمهور على تحول العقد اللازم إلى جائز لعدم رؤية المعقود بما روي عن أبي هريرة ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه " وفي رواية " إن شاء أخذه وإن شاء تركه " [٣].

وبما روي عن ابن أبي مليكة: " أن عثمان ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة بأرض له بالكوفة ، فلما تباينا ندم عثمان ثم قال: بايعتك ما لم أره . فقال طلحة : إنما النظر لي ، إنما ابتعته مغيباً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت . فجعلا بينهما حكماً جبير بن مطعم ، فقضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً " [٤].

---

(١) التهذيب للبغوي ٢٨٢/٣ ، مغني المحتاج ١٨/٢ ، والمجموع ٣٤٨/٩.

(٢) المغني ٧٧/٤.

(٣) الروايتان أخرجهما الدارقطني في سننه كتاب البيوع ٤/٣ ، تحقيق عبد الله هاشم المدني ، ط. دار المعرفة ، ورواه البيهقي في سننه كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع العين الغائبة رقم [١٠٢٠٥] ٢٦٨/٥.

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع ، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ، رقم [١٠٢٠٤] ٢٦٨/٥.

وبما روي من فعل الصحابة أن عبد الله بن عمر (رضي الله عنهما) : اشترى أرضاً لم يرها، وأن عبد الرحمن بن عوف اشترى ابلا لم يرها [1].

أما الغرر الناتج عن عدم الرؤية أو عن الجهل بالمعقود عليه ، فهو منتف ؛ لأن العقد غير لازم فقد تحول من اللازم إلى الجائز ، وحتى يلزم لابد من الرؤية ، وإذا رآه ثبت له الخيار في إلزام العقد اذا رضي به أو فسخه ، فالغرر الموجود قابله تحول العقد إلى الجائز وثبوت الخيار للعاقد عند الرؤية ، فانتفى الغرر الحاصل [2].

العقود اللازمة التي تتحول إلى جائزة لعدم الرؤية [3]:

قد أسلفنا أن التحول من اللازم إلى الجائز لا يكون إلا في العقود اللازمة ، والتي تقبل الفسخ فقط ، دون العقود الجائزة من أصلها كعقد الشركة أو العارية، ودون العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ مثل النكاح .

فعليه يتحول العقد إلى الجائز بسبب عدم الرؤية في عقود كثيرة، منها :

(١) عقد البيع : وذلك إذا تم العقد من غير رؤية المعقود عليه، والبيع عقد لازم ، إلا أن في هذه المسألة يتحول إلى جائز إلى أن توجد الرؤية للمعقود ، وكذا يثبت التحول في البيع لعدم الرؤية إذا كان البيع من باب المقايضة ، أي: إذا كان الثمن والمثمن عينين مثل بيع دار ببستان .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٨/١٣ ـ ٧١ ، البحر الرائق لابن نجيم ٤٣/٦ ، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٣٣٦/٦ ، البناية شرح العناية للعيني ١١٨/٧ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين ١٠٧/٧ ، أحكام المعاملات ، أ. علي الخفيف ص ٣٨١.

(٢) الإجارة : فمن يستأجر شيئاً لم يره ، فعقد الإجارة يتحول إلى جائز ، ويثبت حق الفسخ لمن استأجر شيئاً لم يره ، عند الرؤية ، حيث يستأجر إنسان ـ مثلاً ـ سيارة لم يرها ، فالشرع يثبت له حق الفسخ بعد الرؤية ، فله ردها وفسخ العقد أو قبولها وإمضاء العقد .

(٣) عقد الصلح : فإذا عقد المختلفان صلحاً ، وكان البدل عيناً غائبة لم يرها العاقد ، فالعقد يتحول في حقه إلى جائز ويثبت له الخيار وقت رؤية ما تصالحا عليه .

سبب تحول العقد إلى الجائز [(١)]:

السبب الرئيسي لثبوت التحول : أن الشارع وضع العقود وأوضحها ، بحيث لا يبقى أي تنازع بعدها ، ولكن لما كانت حاجة الناس في العصور كلها أن تعقد على شيء لم تره ، ولكن سمعت به وبوصفه ؛ وذلك ليظفر به دون غيره ، أو لحاجة ماسة له ، صححنا العقد وسلبنا صفة اللزوم من العقود السابقة ، على أن يلزم العقد بعد رؤية المعقود والرضا به . فمن اشترى أو استأجر داراً لم يرها، لا قبل ولا وقت العقد ، فوقت رؤية الدار قد يحصل تنازع بين العاقدين؛ لأن محل العقد قد يكون غير وصف البائع أو على خلاف ما تصوره، فإذا لم نثبت للمشتري الخيار، يحدث التنازع بين العاقدين ، فالأول يقول بلزوم العقد والآخر يطالب بفسخ وإنهاء العقد ، وعليه يحدث التنازع ، والشارع قد أمر برفع النزاع عند وقوعه ودفعه قبل الوقوع، والرفع والدفع يكون بأحد أمرين:

الأول : إما أن لا نجيز العقد ، ونجعله باطلاً ، كما ذهب إليه بعض الفقهاء، وبه قد يقع كثير من الناس والتجار في حرج شرعي ،

---

(١) انظر : شرح فتح القدير ٣٣٥/٦ ، البحر الرائق ٤٢/٦ ، الفتاوى الهندية ٥٧/٣ ، حاشية ابن عابدين ١٠٧/٧.

وخاصة أن معاملات العصر الحالي كثير منها تتم على وصف العاقد دون الرؤية لمحل العقد ، والإسلام قد جاء للتيسير على البشر .

والثاني : أن نجعل لمن عقد عقداً ولم يـر المعقود عليه خياراً وقت الرؤية ، وبه يدفع التنازع ويرفع .

وبالتالي فإن خيار الرؤية وتحول العقد اللازم به إلى جائز ، إنما جاء موافقاً للخيارات الأخرى مثل خيار الشرط والعيب والمجلس؛ لأن الهدف منها التروي والنظر في أمر المعقود عليه ، ولكي لا يغبن جعل خيار الشرط أو المجلس ، وحتى يسلم المبيع من العيوب جعل خيار العيب ، وكذلك جمعاً بين الأمرين تحول العقد إلى جائز لعدم الرؤية . أي : لأمر التروي والاستشارة ، ولأمر السلامة من العيوب ، أو الأوصاف الغير مرغوبة بها ـ أجاز الشارع العقد مع عدم الرؤية ، إلا أن العقود اللازمة تتحول إلى جائزة .

أهم شروط تحول العقد اللازم إلى جائز لعدم الرؤية [(١)]:

الشرط الأول: ألا يرى العاقد المعقود عليه وقت إنشاء العقد أو قبل إنشائه ؛ لأن سبب التحول عدم الرؤية ، ووجودها يكون قبل العقد أو أثناءه ، فالإقدام بعد ذلك على العقد فيه دليل صريح على الرضا بما رآه ، فيلزم العقد ، ولا يثبت له خيار الرؤية .

الشرط الثاني: أن يكون المعقود عليه عيناً معينة أو مشخصة : كالدار والأرض والدواب ، وإذا كانت العين المعقود عليها موصوفة في الذمة فلا يدخلها خيار الرؤية ؛ لأنها من باب السلم لا من باب البيع .

---

(١) الفقه الإسلامي ، المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود ، محمد سلام مدكور ص ٤٢٨، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ٣٧٨ . الشريعة الإسلامية د. بدران أبو العينين بدران ص ٥٣٥ ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ، د. حسين حامد حسان ص ٤٧٠.

الشرط الثالث: أن يكون العقد لازماً مما يقبل الفسخ ، فلا يتحول العقد إلى جائز في العقود غير اللازمة ؛ لأنها من العقود الجائزة في الأصل، فلا تحتاج إلى الخيار لفسخها ، بخلاف العقود اللازمة فإن فسخها إنما يكون عن طريق أحد الخيارات والتي منها خيار الرؤية .

هذه تقريباً أهم الشروط التي إذا توافرت في عقد لازم قابل للفسخ تحول جائزاً إلى أن يرى المعقود عليه ، ولكن متى يثبت هذا الخيار ؟ وإلى متى يستمر ؟

وقت بداية التحول [١]:

لا يخفى على ذي علم أن الخيار هو : اختيار أحد الأمرين ، إما الفسخ وإما اللزوم .

فالعاقد بين أمرين يختار أحدهما ، ولكن أحد الأمرين ــ في خيار الرؤية ، وهو اللزوم ــ يتأخر بعض الشيء عن الآخر، أي : عن الفسخ .

فالعقد الذي نقصته رؤية المعقود ، له مرحلتان يمر بهما :

الأولى : مرحلة ما بعد انعقاد العقد وانبرامه إلى قبل رؤية محل العقد .

والثانية : مرحلة ما بعد رؤية محل العقد .

فالمرحلة الأولى تكون بعد تمام العقد الذي نقصته رؤية المعقود عليه ، يتحول العقد إلى جائز ، ولكنه تحول ناقص ؛ لأنه يتم بجزء واحد وهو الفسخ فقط ، أي: يثبت لصاحب الخيار في هذه المرحلة الأولى ــ وهي من بداية العقد إلى قبل الرؤية ــ حق الفسخ فقط دون إلزام العقد .

---

(١) انظر : المراجع السابقة .

وقولنا: " تحول العقد" لا يعني امتلاك العاقد كلا الأمرين الفسخ والالتزام، وإنما يثبت له الفسخ فقط ، فإذا أراد الفسخ قبل الرؤية فله ذلك ، وإذا أراد إمضاء العقد وإلزامه منع ، ولم يعتبر تصرفه صحيحا [١].

فمن اشترى دابة لم يرها ، وتم العقد ، فيتحول العقد إلى جائز ولكن الجواز من جهة الفسخ لا من جهة إلزام العقد .

أما المرحلة الثانية وهي التي تكون بعد الرؤية ــ أي : رؤية المعقود ــ فيتحول العقد إلى جائز مطلقاً بأن يكون له الخيار التام بين الفسخ أو إلزام العقد واختيار الإمضاء ؛ وذلك لأن نص الشارع المجيز والمصحح للبيع وللعقد على العين الغائبة علق إلزام العقد على الرؤية .

ولأن اللزوم متعلق بالرؤية ، فمتى رأى المشتري ــ أو العاقد ــ محل العقد ، صح له إلزام العقد ، بأن يمضيه بعد الاطلاع والرضا بالمحل ، وصح له الفسخ ؛ لأنه متعلق بالانعقاد لا بالرؤية ، وعليه جاز فسخه من بعد انعقاد العقد .

ولكن بعد الرؤية ما المدة التي يستمر فيها الخيار [٢]؟

من أجاز التحول للرؤية من الفقهاء اتجهوا إلى ثلاثة اتجاهات في مسألة استمرار التحول :

الاتجاه الأول : ذهب أصحابه إلى أن اختيار أحد الأمرين إما الفسخ أو اللزوم يكون على الفور بعد الرؤية ، فلو رأى المعقود عليه،

---

(١) انظر البحر الرائق لابن نجيم ٤٣/٦ ، البناية في شرح العناية للعيني ١٢١/٧ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٣٨/٦ ، البدائع ٢٩٤/٥ ، حاشية ابن عابدين ١١٠/٧ .

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٤٤/٦ ، شرح فتح القدير ٣٣٨/٦ ، والبدائع ٢٩٥/٥ ، حاشية ابن عابدين ١١٠/٧ ، الفتاوى الهندية ٥٨/٣ .

ولم يفسخ مع إمكان الفسخ ، فقد لزم العقد ، ولا يحق الفسخ بعد ذلك؛ لأن الرؤية من غير فسخ بمنزلة الرضا ، فإذا رأى ولم يفسخ كأنه رضي بلزوم العقد ، فيلزم حتى لو لم ينطق به ، لأن حق الفسخ قد سقط بعد الرؤية .

الاتجاه الثاني : ذهب إلى أن الخيار بعد الرؤية يستمر استمرار مجلس الرؤية، فإذا رأى المعقود عليه ثبت له حق إلزام العقد ، ويستمر إلى أن ينفض مجلس الرؤية ويتفرقا بالأبدان .

فإذا لم يفسخ في المجلس ، وتمت التفرقة فقد لزم العقد ، وإذا حصل فسخ بعدها لم يصح الفسخ ؛ للزوم العقد من بعد التفرق بدون فسخ .

الاتجاه الثالث : ذهب إلى أن التحول يستمر حتى يلزم العقد أو يفسخ ، فهو تحول على التراخي ، ليس له وقت محدد ، فلا هو على الفور ولا هو ينقضي بانتهاء المجلس الذي تمت فيه الرؤية وإنما وقته مطلق إلى أن يختار ، أو يصدر منه ما يسقط الخيار من فعل أو قول؛ لأن الخيار حق ، والحقوق لا تسقط إلا من قبل أصحابها.

أثر التحـــول :

تحول العقد اللازم إلى جائز له آثار قد تطرقنا لبعضها، والتي منها ثبوت حق الفسخ قبل الرؤية أو إمضاء العقد بعد الرؤية .

ولكن بعد تمام العقد بالانعقاد ، هل تنتقل الملكية بالانعقاد أم بالرؤية ؟

قد أسلفنا أن عدم رؤية المعقود عليه مانعة من لزوم العقد، وجاعلة العقد اللازم جائزاً .

ولكن التحول لا يمنـع انتقـال الملكيـة ، فبـالعقد يملـك المشـتري المبيع والبائع الثمن فوراً بعد تمام العقد ، وهذا بخـلاف خيـار الشـرط عند البعض كما علمنا .

فالعقد وإن تحول للجـائز إلا أن المعقود عليـه يخـرج مـن ملـك البائع ويدخل في ملك المشتري ؛ لأن الأصل لزوم العقد ، ولكن تأخر اللزوم احتياطاً للعاقد الآخر .

وهذا ما ذهب إليه الحنفيـة [١] من أن الملكيـة تنتقل للآخـر فـي العقد الذي وجد فيه خيار الرؤية ، وخيار الرؤية غير مانع من انتقـال الملكية.

سقوط التحول الثابت بسبب الرؤية [٢]:

وسـقوط التحـول بسـبب خيـار الرؤيـة يكـون بـأحد أمريـن: إمـا بإلزام العقد ، أو بالفسخ .

أولاً : سقوط الخيار بإلزام العقد ، ويكون بأمرين :

الأمر الأول: بكل تصرف يـدل علـى الرضـا مـن قبـل صـاحب الخيار ، والتصرف إما تصرف قولي أو فعلي :

فالتصرف القولي : إسقاط صريح ، كأن يقـول: أجزت البيـع ، أو رضيت بالمعقود عليه ، أو اخترت لزوم البيع . فهذا قـول صريـح يسقط الخيار وينهيه ، ولا يحق بعد ذلك الرجوع والفسخ ؛ لأنـه اختـار خير الأمرين بالنسبة له ، وكان ذلك بعد رؤية المبيع ورضاه .

---

(١) انظر البدائع ٢٩٢/٥ ، الفتاوى الهندية ٥٨/٣ .

(٢) البدائع للكاساني ٢٩٥/٥ ، وحاشـية ابن عـابدين ١١١/٧ ، والبحـر الرائـق لابـن نجيم ٤٥/٦، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣٥/٢ ، المعـاملات الشـرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك ص١٠٧، الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ص ٤٠٢ ، مصادر الحق للسـنهوري ٢٣٥/٤، نظريـة العقد والتعسف فـي استعمال الحق ، أ. د. محمد أحمد سراج ص ٢٠٤ ، الفقـه الإسـلامي وأدلتـه، د. وهبـة الزحيلي ٢٧٤/٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٧٥/٢٠.

والتصرف الفعلي : تصرف لإسقاط العقد بالدلالة ، فإذا تصرف في المبيع بعد رؤيته تصرف المالك له ، مثل قبض الدار المستأجرة ، أو ركوب الدابة ، أو بيع المعقود عليه ، أو هبته للغير .

فهذه تصرفات فعلية تدل على الرضا بالمعقود عليه ، وإذا وجد ما يدل على الرضا بعد الرؤية ، لزم العقد وسقط التحول الذي أعطى للعاقد حق الفسخ أو الإلزام.

الأمر الثاني: بموت صاحب الخيار :

فإذا مات من له الخيار قبل الاختيار ، فقد لزم العقد سواء توفي قبل الرؤية أم بعد الرؤية ، فالخيار في كل الأحوال يسقط ؛ لأنه لا يورث ، وهذا مذهب الحنفية[١]، وهو متمش مع ما علمناه من أن خيار الشرط عندهم لا يورث، فلا يملك الوارث خيار الشرط وكذلك خيار الرؤية ؛ لأن خيار الشرط والرؤية سببهما تلافي الضرر ، والتروي في الاختيار والنظر ، وبالموت ينقطع السبب الذي شرع الخيار من أجله ، وإذا زال السبب زال معه المسبب .

وخالفهم في ذلك الإمام مالك (رحمه الله) وأصحابه [٢] ، حيث رجحوا أن خيار الرؤية يورث مثله مثل خيار العيب ؛ لأن الخيار حق لا يسقط إلا بالإسقاط، والموت ليس بإسقاط عند الإمام مالك ، وإنما الخيار حق من الحقوق، والحقوق تورث كالأموال والأعيان ، فالخيار يورث عنده ويثبت للوارث حق الفسخ قبل الرؤية، وحق الفسخ والإمضاء بعد الرؤية .

---

(١) انظر البدائع ٢٩٦/٥ ، البحر الرائق لابن نجيم ٥٥/٦ ، البناية شرح الهداية ١٣٥/٧، الفتاوى الهندية ٥٨/٣.

(٢) شرح الخرشي ٤٧٠/٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٥/٤.

ثانياً: سقوط الخيار بالفسخ :

يسقط الخيار بالفسخ ، عن طريق رفع العقد بأكمله ، وعليه لا يصح بعدها الرجوع ولا إلزام العقد ، فالفسخ رفع للخيار وزيادة ، حيث زاد عليه رفع للعقد ، يسقط الخيار بالفسخ في حالات:

الحالة الأولى: اختيار الفسخ : فكما يسقط الخيار باختيار إلزامه، يسقط باختيار الفسخ .

والفسخ لا يحتاج إلى رضا العاقد الآخر أو قضاء القاضي ، فكل تصرف يدل على الفسخ ، فإنه يفسخ العقد ، سواء كان من الأقوال أو الأفعال .

فمن القول : أن يقول فسخت العقد من بيع أو إجارة ، أو رددت المعقود عليه وبعد الفسخ لا يستطيع الرجوع واختيار اللزوم ؛ لأن حقه سقط مع رفع العقد.

وكذا يعتد بالفسخ إذا كان فعلاً ، فالفسخ يحصل عن طريق دلالة الفعل على عدم الرضا ، كأن يرد المبيع بعد الرؤية وقبل إلزام العقد، فالفعل يدل على عدم الرضا بالعقد فيسقط الخيار مع رفع العقد.

الحالة الثانية : هلاك المعقود عليه في يد البائع قبل قبض المشتري المحل : فمن اشترى داراً أو استأجرها ، وقبل القبض هلكت، فإن الخيار يسقط لبطلان العقد في هذه الحالة .

الحالة الثالثة: زيادة المعقود عليه أو تعيبه في يد البائع ، لأن المعقود عليه قد اختلف عن الوصف المطلوب و المرغوب فيه ، فبطل العقد .

وخلاصة هذا المطلب :

١ ــ خيار الرؤية هو حق يُثبت للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد.

٢ ـ سبب التحول لعدم الرؤية : هو ظهور محل العقد على غير ما وصف في العقد، أو وجود صفة غير مرغوب بها .

٣ ـ شروط التحول :

أ ـ كون العاقد لم ير المعقود عليه .

ب ـ كون المعقود عليه عيناً مشخصة .

جـ ـ أن يكون العقد لازماً يقبل الفسخ .

٤ ـ سقوط التحول يكون بأحد أمرين :

أ ـ عن طريق إلزام العقد بالقول أو الفعل أو موت صاحب الخيار.

ب ـ أو عن طريق الفسخ .

المبحث الثاني

تحول العقد الجائز إلى لازم

بعد تقسيم العقد إلى لازم وجائز ، علمنا أن العقود الجائزة هي التي يحق لكل من العاقدين أو لأحدهما فسخها متى شاء حتى لو لم يرض الآخر .

إلا أن بعض العقود الجائزة قد تتحول إلى عقد لازم لا يثبت فيها حق الفسخ، وذلك لأسباب خاصة بالعقد تجعله يتصف باللزوم .

فمن هذه العقود الهبة والوصية والتحكيم ، واقتصرت على هذه العقود لوضوح معنى التحول وظهور أحكامه فيها ، ولتكون أمثلة لدراسة كل عقد جائز وكيفية تحوله إلى لازم ؛ إذ ذكر جميع العقود الجائزة قد يؤدي إلى إطالة في الموضوع .

المطلب الأول : الهبة .

المطلب الثاني : الوصية .

المطلب الثالث : التحكيم .

المطلب الأول

الهبـــة

الهبة عقد من عقود التبرعات[١] الجائزة التي لا تقابل بعوض ، وقد عرف الفقهاء الهبة : " هي تمليك في الحياة بغير عوض " [٢].

وللهبة أركان وشروط [٣] متى استوفيت ، ترتب أثر عقد الهبة من انتقال الموهوب من ملكية الواهب إلى ملكية الموهوب له .

إلا أن عقد الهبة الجائز يتحول إلى لازم ، فلا يحق لأحد العاقدين الفسخ لا الواهب ولا الموهوب له .

وللفقهاء في ذلك ثلاثة اتجاهات :

---

(١) قد عرف الإمام الغزالي التبرع بقوله : " هو إزالة الملك عن مال مجاناً من غير وجوب" الوسيط ٤/٤٢٣ ، وانظر كذلك مرشد الحيران مادة ٨٦ ص ٢٠ ، وضوابط العقود د. عبد الحميد البعلي ص ٣٠٤.

(٢) انظر : التعريفات للجرجاني ص ٣١٩ ، وشرح حدود ابن عرفة ٢/٥٥٢ ، وطلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، لنجم الدين النسفي ص ٢٢١ ، تحقيق الشيخ خليل الميس ، ط. دار القلم ١٩٨٦م ، ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ، د. نزيه حماد ص ٣٤٣ .

(٣) أركان الهبة عند الحنفية الإيجاب والقبول ، أما أركانها عند الجمهور فأربعة : الواهب ، والموهوب له ، والموهوب ، والصيغة ، ولكل منها شروط :
- فالواهب شرطه : أن يكون بالغاً ، عاقلا ، مختاراً ، غير مجبور عليه .
- وشرط الموهوب له : أن يكون أهلاً للتملك بأن يكون على قيد الحياة .
- وشرط الموهوب : أن يكون موجودا ، متقوما ، مملوكاً للواهب ، مقبوضا .
- وشرط الصيغة : كل ما يدل على الإيجاب والقبول من قول أو فعل .

وللمزيد انظر : حاشية ابن عابدين ١٢/٤٦٩ ، والبدائع ٦/١١٨ ، وبداية المجتهد ٢/٣٢٧، القوانين الفقهية ص ٣٩٠ ، مغني المحتاج ٢/٣٩٦ ، حاشية الروض المربع ٦/٦ وما بعدها . وانظر المعاملات الشرعية المالية للأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ٢٥٦ ، والفقه الإسلامي وأدلته ٥/١١.

الاتجاه الأول :

ذهب أصحاب هذا الاتجاه : إلى أن عقد الهبة عقد جائز قبل القبض وكذلك بعد القبض ، فيحق للواهب أن يفسخ العقد متى شاء ، سواء قبض الموهوب له أم لا . وهذا الاتجاه ذهب إليه الحنفية [١]، حيث قالوا : إن الهبة عقد غير لازم فمتى تم العقد بأركانه وشروطه ووجد القبض تحولت الملكية للموهوب له، إلا أن العقد مع التحول يكون غير لازم ، فللواهب الرجوع عن هبته ، وإن كان الرجوع معيبا ومكروها عندهم ، وقد جاء الشرع بالزجر عنه ، إلا أنه يجوز الرجوع وفسخ العقد .

ويقول أحمد إبراهيم بك عن سبب جواز الرجوع : " والسبب في جواز الرجوع ، أن الواهب قد يعطي الهبة وله في ذلك غرض من انتظار مكافأة على ما أعطى ، أو لأجل التودد والتحبب ، أو لأي غرض دنيوي آخر ، وقد يعطي الهبة لإرادة وجه الله تعالى ، ولا يعلم غرضه وقت الإعطاء ، وإذن يكون في تملك الموهوب له للعين الموهوبة خلل في الجملة، يظهر برجوع الواهب في هبته إذا لم يتحقق غرضه ، فلتدارك هذا الخلل جاز له الرجوع فيما وهب" [٢].

وصفة الجواز لعقد الهبة غير دائمة ، فالهبة عند الحنفية تتحول إلى عقد لازم بأمور سبعة [٣]:

الأول: التعويض عن الهبة : فإذا عوض الموهوب له الواهب ، بأن أعطاه مقابل الهبة شيئا معينا : تحول العقد من الجائز إلى اللازم، وامتنع على الواهب الأول الرجوع وفسخ الهبة ؛ لأن الهبة قابلها عوض ، فتحول العقد من الجائز إلى اللازم .

---

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٩١/٥ ، شرح فتح القدير ١٩/٩.
(٢) المعاملات الشرعية المالية ص ٢٦١ ـ ٢٦٢ .
(٣) المبسوط ٥٦/١٢ ، تبيين الحقائق ٩٨/٥ ، شرح فتح القدير ٤٢/٩.

وهذا لقول رسول الله ﷺ : " الواهب أحق بهبته ما لم يُثبْ منها" (١).

الثاني: الهبة لذي رحم : لأن القصد منها التقرب ، وزيادة صلة الرحم لا العوض المالي، فقوبل هذا القصد بلزوم العقد وتحوله من الجائز إلى اللازم .

الثالث: هبة أحد الزوجين للآخر وقت قيام الزوجية ، فلا يرجع أحد الزوجين عن هبته ؛ لأن الهبة بهذه الصفة تتحول من الجائز إلى اللازم .

الرابع: موت أحد العاقدين : سواء مات الواهب أو الموهوب له، فيتحول العقد إلى لازم بمجرد الموت ؛ لأن الموهوب له إذا مات انتقلت ملكية الموهوب إلى الورثة ، فلا يحق للواهب أن يفسخ .

وإذا مات الواهب فليس للورثة فسخ العقد، لأن إرادة الفسخ متعلقة بالواهب ، وقد توفي فلا تنتقل للورثة . فعليه يلزم العقد ويتحول من الجائز إلى اللازم .

الخامس: خروج الموهوب عن ملك الموهوب له : بأي سبب مخرج للملكية كالبيع أو الهبة أو الوقف ، فالعين قد خرجت من الملك فلا يمكن الرجوع .

السادس: ومثل الخروج عن الملكية : هلاك الموهوب أو استهلاكه ، فعليه يلزم العقد ، لعدم وجود محل العقد حتى يفسخ العقد.

السابع: الزيادة المتصلة في الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل غيره . والتقييد بالمتصلة لتخرج الزيادة المنفصلة كالولد ، فإنها لا تلزم العقد ولا تحوله إلى لازم ، أما الزيادة المتصلة كالسمن أو

---

(١) رواه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب البيوع ، باب المكافأة في الهبة رقم [١١٨٠٤] ٦/١٩١، ورواه الدارقطني كتاب البيوع رقم [١٨١] ٣/٤٤ ط. دار المعرفة ، بيروت ١٩٦٦م.

بناء الدار فإنها تحول العقد إلى اللازم ؛ لأن الواهب له حق الرجوع بالموهوب فقط دون غيره ، فإذا حصلت زيادة متصلة امتنع فصلها، فامتنع الفسخ ولزم العقد .

هذه الأمور السبعة التي تحول عقد الهبة من الجائز إلى اللازم عند الحنفية فيمتنع الفسخ بتحقق واحد منها .

الاتجاه الثاني :

ذهب أصحابه إلى أن عقد الهبة متى تمت أركانه وشروطه ينعقد لازماً ، وتتحول الملكية إلى الموهوب له بمجرد العقد ، ويجب على الواهب أن يمكن الموهوب له من قبض الموهوب .

وهذا رأي جمهور المالكية [١]، وذهب بعضهم إلى أن الواهب له الرجوع قبل القبض ، أما بعده فالعقد يتحول إلى لازم [٢]وهو ما سنشير إليه في الاتجاه الثالث.

وقد اتفق المالكية على أن عقد الهبة يكون جائزاً إذا وهب الوالد ولده الصغير أو الكبير ، أي : إذا وهب الوالد ولده هبة من مال أو دار أو غيرهما، فإنه يجوز للوالد أن يفسخ ويرجع عن هبته ، وذلك بشروط خمسة :

الأول: ألا يتزوج الولد بعد الهبة .

---

(١) انظر : التلقين في الفقه المالكي للقاضي عبد الوهاب البغدادي ص ٥٥٠ ، والقوانين الفقهية ٣٩٠ ـ ٣٩٢ ، شرح الخرشي ٤١١/٧.

(٢) وسبب الخلاف يرجع إلى حكم القبض ، هل هو شرط للزوم العقد ، أو هو شرط لتمامه ؟ فذهب جمهور المالكية ، إلى أن القبض إنما هو شرط لتمام الهبة ، وكمال فائدتها، فعليه يلزم العقد ، بمجرد صدور الصيغة بالقول أو الفعل ، ويجبر الواهب على إقباض الموهوب للموهوب له ، وذهب فريق إلى أن القبض في الهبة شرط للزوم العقد ، ومتى صدر العقد بدون القبض كان غير لازم ، ويتحول إلى اللازم بعد القبض .

انظر : بداية المجتهد ٣٢٩/٢ ، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤١١/٧، وحاشية الدسوقي ٤٩٦/٥ .

الثاني: ألا يحدث ديناً لأجل .

الثالث: ألا تتغير الهبة عن حالها .

الرابع: ألا يحدث الموهوب له فيها حدثاً .

الخامس: ألا يكون الواهب أو الموهوب في حالة المرض .

فإذا تحققت هذه الشروط الخمسة ، جاز للوالد الرجوع وفسخ العقد ، وإلا فالعقد يتحول إلى اللازم عندهم (١).

الاتجاه الثالث :

هو اتجاه توسط بين الأول والثاني ، حيث قال أصحابه إن عقد الهبة عقد جائز في الأصل، فإذا تم انعقد جائزاً ، إلا أنه يتحول إلى لازم بعد القبض ، وقد ذهب إليه بعض المالكية (٢) وكل من الشافعية(٣)، والحنابلة (٤).

فمتى وجد القبض في عقد الهبة تحول إلى عقد لازم لا يحق لأحد الفسخ ، فإذا قال زيد : وهبت داري لعمرو ، ولم يقبض عمرو الموهوب فقد تم عقد الهبة إلا أنه يحمل صفة الجواز، فيحق للواهب ـ أي: زيد ـ أن يتصرف في الدار الموهوبة من بيع أو شراء أو إيجار أو وقف ؛ لأن العقد مازال جائزا في حقه ، فإذا قبض عمرو الدار فليس لزيد الفسخ أو الرجوع ؛ لأن العقد المتصف بالجواز تحول إلى اللزوم .

وسبب تحول العقد بالقبض عندهم إلى لازم : أن ملكية الموهوب لا تنتقل للموهوب له إلا بعد القبض ، فالعقد بدون القبض لا ينقل الملكية ، ومتى وجد القبض تحولت الملكية ومعه يتحول العقد

---

(١) نفس المراجع السابقة .

(٢) شرح الخرشي ٤١١/٧ .

(٣) التهذيب للبغوي ٥٢٧/٤ ، مغني المحتاج ٤٠٠/٢.

(٤) الكافي لابن قدامة ٤٦٦/٢ ، والمغني ٢٧٣/٦ .

لازماً ، ولا يفسخ الواهب بعدها العقد إلا إذا كان الواهب الوالد للولد فإن له فسخ العقد [١].

والراجح من هذه الاتجاهات هو الاتجاه الثالث ، القائل بأن الهبة عقد جائز إلا أن هذا الجواز يتحول إلى لزوم بالقبض وتعلق حق الغير به .

وسبب الترجيح ما يلي :

أولاً : أن الهبة عقد من عقود التبرعات : أي من العقود التي لا تقابل بعوض، فقبل تعلق حق الغير بمحل العقد يحق للعاقد الفسخ والرجوع ، وأما إذا تعلق حق الغير بها لا يصح الرجوع والفسخ ، وتعلق الحق إنما يكون بالقبض لا قبله .

ثانياً : مما يدل على أن العقد جائز قبل القبض ما رواه الحاكم في مستدركه عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت : لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: " إني أهديت إلى النجاشي أواقاً من مسك وحلة وإني لا أراه إلا وقد مات ولا أرى الهدية التي أهديت إلا سترد فإذا ردت إلي فهو لك ..." [٢]، وهذه هدية وتقاس بها الصدقة والهبة .

ثالثاً : أن الملكية في عقد الهبة لا تنتقل إلا بعد القبض ، فالقبض يؤكد استكمال العقد بانتقال الملكية ؛ إذ لولاه لما انتقلت الملكية ، فلما انتقلت الملكية تحول معها العقد الجائز إلى لازم ، أما بعد العقد وقبل القبض فإن العقد مازال على صفته الأصلية وهي الجواز .

---

(١) التهذيب للبغوي ٥٢٨/٤ .

(٢) قال الحاكم عن الحديث : " هذا حديث صحيح الإسناد " . رواه في كتاب النكاح برقم [٢٧٦٦] ٢٠٥/٢ ط. دار الكتب العلمية ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا ١٩٩٠م . ورواه البيهقي في سننه ، كتاب البيوع ، باب المسك طاهر يحل بيعه وشراؤه والسلف فيه رقم [١٠٩١٠] ٢٦/٦.

المطلب الثاني

من العقود الجائزة التي تتحول إلى عقد لازم : الوصية

والوصية في اصطلاح الفقهاء هي : " تمليك مضاف لما بعد الموت " [(١)]، فهي كذلك من عقود التبرعات، التي لا تقابل بثمن ، فالتمليك فيها لا يقابله شيء من ثمن أو غيره ، كما أنها عقد من العقود الجائزة ، التي يجوز للمكلف الإقدام عليها وكذلك الرجوع عنها أو فسخها .

والوصية متى كانت صحيحة ومستكملة للأركان والشروط [(٢)] انعقدت جائزة غير لازمة ، وعليه يجوز للموصي أن يرجع عنها في أي وقت شاء ، ولكن بشرط أن يكون الرجوع قبل موته .

يقول الأستاذ أحمد ابراهيم بك : " ويجوز للموصي أن يرجع عن الوصية قبل أن يموت " [(٣)].

وكون الوصية جائزة مما اتفق عليه الفقهاء من الحنفية [(٤)]

---

(١) انظر : التعريفات للجرجاني ص ٣٢٦ ، مرشد الحيران مادة (٨٦) ص ٢٠ ، شرح حدود ابن عرفه للرصاع ٦٨١/٢ .

(٢) أركان الوصية عند الحنفية الصيغة فقط ، وعند الجمهور ما يلي :

١ ـ الموصي : وشرطه: أن يكون أهلاً للتبرع ، وتوافر الرضا ، وألا يكون مديناً بدين مستغرق لجميع التركة .

٢ ـ الموصى له : وشرطه : أن يكون موجوداً ، ومعلوما ، وأهلا للتملك ، وغير قاتل ، ولا وارث .

٣ ـ موصى به : وشرطه : أن يكون مالاً ، متقوما ، قابلاً للتمليك ، مملوكا للموصي ، وعدم استغراقه بالدين ، وعدم زيادته على الثلث من التركة .

انظر : البدائع ٣٣٥/٧ ، وبداية المجتهد ٣٣٤/٢، الوسيط للغزالي ٤٠٣/٤ ، كشاف القناع ٣٨٥/٤، الفقه الإسلامي وأدلته ١٣/٨ ـ ٥٢ .

(٣) المعاملات الشرعية المالية ص ٢٦٥ ، وانظر كذلك الوسيط للغزالي ٤٠٣/٤.

(٤) انظر : الاختبار لتعليل المختار ٦٥/٥ ، تكملة فتح القدير ٤٣٨/٨.

والمالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة [٣]، بمعنى أنها عقد غير لازم ؛ لأنه يجوز للموصي الرجوع عن وصيته في أي وقت شاء ، والرجوع وفسخ العقد معتبر فيه القول كما هو معتبر فيه الفعل ، فتفسخ الوصية بالقول والفعل .

فإذا قال الموصي : نقضت الوصية ، أو أبطلتها ،أو فسخت العقد ورجعت عنه . فهذه أقوال صريحة تدل على الرجوع وفسخ الوصية ، وكذا إذا استهلك الموصي الموصى به ، كأن ذبح الشاة ، أو باع الدار الموصى بها . فإخراج الموصى به عن الملك ، واستهلاكه يعد فعلاً فاسخاً للوصية .

سبب تحول الوصية إلى لازمة :

بعد أن علمنا أن الوصية من العقود الجائزة ، متى شاء العاقد أن يفسخ فله ذلك قبل موته ، فإذا لم يفسخ وتوافرت شروط الوصية فهذا الجائز يتحول لازماً بعد موت الموصي .

يقول الكاساني: " هذا عقد [أي: عقد الوصية] غير لازم في حق الموصي، حتى يملك الرجوع عندنا مادام حياً ؛ لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع " [٤]. أي سبب جعل عقد الوصية جائزاً ، وأنه يتحول بعد موت الموصي إلى لازم : أن كل عقد لما وجد فيه إيجاب احتاج لإكمال العقد إلى قبول يوافقه ، فمن صدر منه إيجاب يحق له الرجوع قبل صدور القبول من العاقد الآخر؛ لأن العقد لم يستكمل ولم تتوافر فيه شروط الصيغة ، من

---

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٨٤/٦ ، شرح الخرشي ٤٥٨/٨ ، وبداية المجتهد ٣٣٦/٢، التلقين في الفقه المالكي ص ٥٥٣ .

(٢) الوسيط للغزالي ٤٧٧/٤ ، مغني المحتاج ٧١/٣ ، فيض الإله المالك حل ألفاظ عمدة السالك لعمر بركات ١١٩/٢ ، ط. مصطفى محمد ، والأنوار للأردبيلي ٣٦/٢ .

(٣) كشاف القناع ٣٤٨/٤ .

(٤) البدائع ٣٧٨/٧ .

صدور الإيجاب والرد عليها بالقبول ، فعقد الوصية وجد فيه إيجاب مضاف قبوله إلى ما بعد الموت ، والقبول لا يصح إلا بعد الموت ، فالعقد لم يستكمل أركانه ؛ لوجود الإيجاب دون القبول ، فجاز للموصي أن يرجع عن وصيته [(١)].

وجاء في تعريف المالكية للوصية : " أن الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته " [(٢)]، أي:الوصية جائزة وتتحول بعد موت الموصي إلى عقد لازم، وبمثله علل الشافعية [(٣)] والحنابلة [(٤)]، وزادوا أن الوصية عطية ولكنها لم تزل الملك ، بمعنى أن الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي إلا بعد موته. ودليل عدم خروج ملكية الموصى به : جواز التصرف فيه تصرف المالك له ، من بيع أو هبة. فالشيء إذا كان في ملك صاحبه جاز له التصرف به كيفما شاء. فلهذا كان للموصي فسخ الوصية ، وإذا توفي تحولت الوصية إلى لازمة .

وخلاصة هذا المطلب ما يلي :

١ ـ الوصية من عقود التبرعات التي لا تقابل بعوض ، فانتقال الملكية فيها يكون دون مقابل .

٢ ـ أن الوصية تمليك الشيء بعد الموت وهو يختلف عن الهبة ؛ إذ إنها تمليك في الحياة .

٣ ـ أن الموصي يحق له الرجوع عن وصيته مادام حياً ، لأنها من العقود الجائزة.

٤ ـ أن الرجوع يحصل بالقول كما يحصل بالفعل .

٥ ـ بعد الوفاة واستكمال الأركان والشروط تتحول الوصية من عقد جائز إلى عقد لازم .

---

(١) انظر البدائع ٣٧٨/٧ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٦٩٣/٢ .

(٢) انظر : شرح حدود ابن عرفه للرصاع ٦٨١/٢ .

(٣) الوسيط للغزالي ٤٧٧/٤ ، الأنوار للأردبيلي ٣٦/٢ ، ومغني المحتاج ٧١/٣.

(٤) الكافي لابن قدامة ٥١٦/٢ ، حاشية الروض المربع ٤٩/٦ ـ ٥٠.

المطلب الثالث

من العقود الجائزة التي تتحول إلى لازمة : التحكيم

وقد عرف فقهاء الإسلام التحكيم أنه : " تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما " [(١)].

وبمثله جاء تعريف التحكيم في مجلة الأحكام مادة ١٧٩٠ : " اتخاذ الخصمين برضاهما حاكما يفصل خصومتهما ودعواهما " [(٢)].

والتحكيم من العقود الجائزة شرعاً ، أي يجوز لكل من الخصمين فسخ عقد التحكيم ، ولكن الجواز يتحول إلى لزوم في بعض الصور ، فالجواز في عقد التحكيم ليس بدائم ؛ لأن التحكيم شُرع لرفع النزاع الحاصل بين الخصمين ، وحتى يرفع النزاع بينهما عن طريق التحكيم ، لابد من التزام كل واحد منهما الحكم الصادر ، والخصمان قد لا يلتزمان بالحكم بعد صدوره مادام الحكم غير ملزم لهما ، ولا توجد فيه قوة ملزمة لهما لتطبيق ما توصل إليه الحكمان .

وفائدة التحكيم لا تكمن في أخذ المشورة ومعرفة الرأي الآخر فقط ، وإنما شرح التحكيم لإلزام كل من الخصمين بالحكم الصادر .

فعقد التحكيم حكمه الجواز ، فيجوز لأي عاقد لم يرض بالحكمين أن يفسخ العقد ، ولكن هل يتحول عقد التحكيم إلى لازم لكل من الخصمين ؟ ومتى ؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة اتجاهات :

---

(١) انظر : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ٤١/٧ ، حاشية ابن عابدين ١١٢/٨ ، المدخل الفقهي العام ٥٢٨/١ ، وانظر رسالة الماجستير مقدمة من الطالب خالد عبد الله الصافي بعنوان: " عقد التحكيم بين الشريعة والقانون " ص ٢٥ ، جامعة الكويت ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، سنة ٢٠٠٠ م .

(٢) انظر : شرح المجلة ، سليم رستم ص ١١٦٣ ، مادة (١٧٩٠).

الاتجاه الأول :

ذهب كل من الحنفية [١]، وبعض المالكية [٢] ، والأظهر عند الشافعية[٣] ، وبعض الحنابلة[٤] : إلى أن لكل من الخصمين فسخ العقد وذلك قبل صدور الحكم ، حتى لو شرع الحكمان في القضية .

إلا أنه إذا صدر الحكم فإن العقد يتحول إلى لازم ، ولا يحق لأحد الخصمين الفسخ ، ويجب الإلتزام بالحكم الصادر .

وسبب كون العقد جائزاً : أن كلاً من الحكمين قُلدا من جهة الخصمين ، فكما جعلنا لهما حق تقليد الحكمين ، نجعل لهما حق فسخ وعزل الحكمين، وعليه يجوز انفراد أحد الخصمين بفسخ العقد ولكن قبل صدور الحكم ؛ لأن رضا كل من العاقدين شرط من شروط التحكيم ، فإذا عدم الرضا فسخ العقد .

وقد جاء في المجلة مادة ١٨٤٧ : " لكل من الخصمين عزل المحكم قبل الحكم " [٥].

وسبب تحول العقد إلى لازم ، وإلزام كل من الخصمين الحكم ، بعد صدوره : أن الحكم قد صدر عن ولايتهما ، فالحكمان يحكمان برضاهما معاً [٦]؛ ولأن الغاية من تشريع التحكيم هي الوصول إلى حكم يلتزم به كل من الطرفين ، فكان لابد من تحول العقد إلى لازم بعد صدور الحكم ، وإن كان الحكم لا يرضي أحد الأطراف .

---

(١) انظر: البحر الرائق ٤٤/٧ ، البناية في شرح الهداية ٦٨/٨ ، حاشية ابن عابدين ١١٤/٨.

(٢) منح الجليل شرح مختصر خليل ٣٠١/٨.

(٣) مغني المحتاج ٣٧٩/٤ .

(٤) الكافي لابن قدامة ٤٣٦/٤، المبدع في شرح المقنع ٢٧/١٠.

(٥) مجلة الأحكام شرح سليم رستم ص١١٩٧ .

(٦) انظر : البحر الرائق ٤٤/٧ ، فتح القدير ٣١٧/٧، مغني المحتاج ٣٧٩/٤.

الاتجاه الثاني :

وهو رأي لجمهور المالكية [١]، ووجه ضعيف عند الشافعية [٢]، وأحد الوجهين للحنابلة [٣]، قالوا : إن العقد جائز ، إلا أنه يتحول إلى لازم بشروع الحكمين النظر في الحكم وحيثيات القضية ، فبعد شروع الحكمين في القضية يتحول العقد لازماً ، ولا يحق لأحد أن ينفرد بالفسخ ، إلا إذا تراضيا على فسخ العقد فلهما ذلك إذا لم يصدر الحكم بعد .

فالحكم عندهم يختلف باختلاف مراحل عملية التحكيم ، فبعد الموافقة على التحكيم وقبل العمل في القضية يصح أن ينفرد أحد الخصمين بالفسخ ، وبعد العمل في حيثيات القضية لا يصح أن ينفرد أحدهما بالفسخ ، ولكن إذا تراضيا على الفسخ معاً صح . وهذا قبل صدور الحكم ، والمرحلة الثالثة بعد صدور الحكم يتحول فيها العقد لازماً للطرفين ولا يحق لأحدهما أو كليهما الفسخ .

وسبب التحول إلى لازم بعد الشروع بالبحث والنظر في القضية: أن جواز العقد قبل ظهور الحكم مفض إلى عدم استقرار حكم الحكمين ؛ إذ قد يتوقع أحد الخصمين الحكم قبل صدوره ويعلم أن الحكم الصادر لغير صالحه ، فيقدم على فسخ العقد ، ويكون ما قام به الحكمان لغواً وإضاعة للوقت ، ولكنه لو تحول العقد إلى لازم بمجرد الشروع ؛ لأدى إلى استقرار التحكيم وسير العمل به .

الاتجاه الثالث :

وهو رأي الشافعية المقابل للأظهر [٤] ، حيث ذهبوا إلى أن العقد جائز ، ولو بعد صدور الحكم ، ولا يتحول إلى لازم إلا إذا

---

(١) شرح الخرشي ٤٩٨/٧ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢١/٦ .
(٢) مغني المحتاج ٣٧٩/٤.
(٣) الكافي لابن قدامة ٤٣٦/٤ ، المبدع في شرح المقنع ٢٧/١٠ .
(٤) مغني المحتاج ٣٧٩/٤ ، حاشية الجمل ٣٤٠/٤ .

صدر الحكم ورضي به كل من الخصمين ، فإنه يتحول إلى لازم ، وإذا لم يرض الخصمان بالحكم أو أحدهما صح الفسخ .

وعللوا ذلك بأن وجود الرضا شرط لابتداء العقد، فينسحب هذا الشرط لإلزام العقد ونفاذه، فالرضا يستمر قبل العقد وأثناءه وبعد صدور الحكم ، فمن لم يرض بالعقد في أي مرحلة من مراحله فله الفسخ .

دراسة وتحليل الآراء :

وبعد النظر في آراء الفقهاء نجدهم قد اتفقوا على أن عقد التحكيم فيه تحول ، من الجواز إلى اللزوم ، ولكن اختلفوا في وقت التحول .

فأصحاب الاتجاه الأول يرون أن التحول لا يكون إلا بعد صدور الحكم ، والفترة التي قبله ـ من بداية العقد إلى قبل صدور الحكم ـ يجوز لأحدهما فسخ العقد ، أو عزل الحكمين أو أحدهما ؛ وذلك لعدم صدور ما لم يلزمه .

وذهب أصحاب الاتجاه الثاني : إلى أن التحول لا يتأخر إلى وقت صدور الحكم، ولا يتقدم بأن يكون بعد تمام العقد ، وإنما يتحول العقد إذا بدأ الحكمان في السير في القضية ومعرفة الحيثيات وتفاصيل الخصام ، ففي هذه المرحلة يتحول العقد إلى اللازم ولا يحق لأحد الخصمين أو لأحدهما الرجوع وفسخ العقد ، ولكن بعد ذلك يتحول العقد إلى لازم .

والاتجاه الثالث : قال بتحول العقد ولكن بعد تمامه ، وبعد الشروع في القضية ، وإصدار الحكم ووجود الرضا من قبل الخصمين بالحكم، فإن العقد يتحول وقتها إلى لازم بحيث يلتزم به كل من الخصمين .

والراجح من هذه الاتجاهات ــ في نظري ــ الاتجاه الثاني القائل بتحول العقد إلى لازم بعد شروع الحكمين في القضية ؛ وذلك لما يلي :

أولاً: أن هذا الرأي لا يسد على الخصمين فرصة الفسخ ، وإنما جعل لهما فرصة في الرجوع وفسخ العقد ، ولكن هذه الفرصة تستمر من صدور العقد إلى قبل شروع الحكمين في القضية .

ثانياً : أن العقد واختيار الحكمين إنماحصل برضا كل من العاقدين ، ومعنى هذا: أن الرضا بالحكم الصادر من الحكمين كان بناءً على رضا الاختيار ورضا الشروع في القضية .

ثالثاً : أن صدور الحكم مبني على الدراسة التي قام بها الحكمان للقضية ، دراسة تامة ومستوفية لأطراف النزاع ، فكما ألزمنا العقد بالحكم، نلزمه بمقدمات الحكم ؛ إذ الشيء يعطي حكمه قبل صدوره كما للحريم حكم الشيء .

رابعاً: لما فيه من سد الذرائع ، واستقرار الأحكام قبل صدورها؛ لأن الآراء الأخرى تعطي الخصم الخيار ، وحرية الفسخ قبل صدور الحكم ولو بوقت قصير ، وخاصة إذا علم أن الحكم ليس من صالحه.

خامساً: أن هذا الرأي يجعل المحكَّمين يشعرون بأهمية العمل الذي يقومون فيه ، ويعطيهم التريث في إصدار الحكم .

خلاصة المبحث :

١ ــ العقود الجائزة هي التي يحق للعاقدين أو لأحدهما فسخها .

٢ ــ بعض العقود الجائزة تتحول إلى لازمة ، وتأخذ حكم اللزوم ، وقد تناولنا بعضاً منها وهي : الهبة والوصية والتحكيم .

٣ ـ الهبة عقد من عقود التبرعات وهي : تمليك في الحياة بغير عوض ، فالهبة من العقود الجائزة وتتحول إلىعقد لازم بعد قبض الموهوب له ، وهذا الرأي الذي رجحه الباحث .

٤ ـ الوصية من عقود التبرعات ، وهي : تمليك مضاف لما بعد الموت ،.وهي من العقود الجائزة والتي تتحول إلى لازمة بعد وفاة الموصي .

٥ ـ التحكيم من العقود الجائزة ، وهو : تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما ، وهو عقد جائز ويتحول إلى لازم ـ على الرأي الراجح ـ بعد شروع الحكمين في حيثيات القضية ، وعلى الخصمين التزام الحكم الصادر والعمل به .

٦ ـ بعد أن عرفنا العقد الجائز وكيفية تحوله إلى لازم عن طريق دراسة بعض العقود الجائزة وصور تحولها إلى لازمة ، نصل إلى أن سبب تحول العقد: هو تعلق حق الغير بالمعقود عليه ، فعقد الهبة جائز ولكنه لما تم قبض الموهوب تعلق به حق الموهوب له ، وعليه يتحول إلى لازم ، فلا يستطيع الواهب فسخه ، وكذلك يقال في الوصية والتحكيم.

فالضابط في تحول العقود الجائزة إلى لازمة : ارتباط حق الغير بمحل العقد .

الخاتمــــة

لما كان الهدف من تناول أي موضوع أو كتابة أي بحث أن يصل الباحث في النهاية إلى نتيجة وخلاصة تضم : أهم ما وصل إليه من نتائج واقتراحات ؛ وذلك حتى يستفيد منها ويفيد غيره . فكانت الدراسة التي توصلنا إليها كما يلي :

أن التحول هو : " تغير حاصل لذات الشيء أو لكيفية هيئته ، أو للمكان ، أو للزمان ، أو للحكم ".

وبعد دراسة المسائل والنظر فيها وفي كيفية تحولها من حالة إلى أخرى أو من حكم إلى حكم آخر .. وهكذا ، نصل إلى أن التحول الحاصل في الأشياء والتصرفات والعقود لابد له من : علة أو سبب أوحكمة أو للتعبد ، وعليه يأتي التحول لأحد الأمور التالية :

١ ـ التعبد : أي أن تحول الحكم أو التصرف ، أوالشيء قد يكون لأمر تعبدي فرضه الله علينا وأوجب الامتثال به . وهذا الأمر التعبدي نجده واضحاً في العدة وتحولها من عدة الأشهر أو القروء إلى عدة الوفاة .

٢ ـ المحافظة على الكليات الخمس : فالنفس ، والدين ، والنسب ، والعرض، والمال ، جاء الإسلام للمحافظة عليها ، ومن أجل ذلك شرع أحكاماً تتعلق بها ومنها : الحضانة وتحولها من شخص غير قادر على توفير الكليات الخمس للمحضون إلى شخص مستحق لها ، ولهذا إذا ارتد الحاضن ـ والعياذ بالله ـ فإن الحضانة تتحول إلى المسلم ، وذلك من باب المحافظة على الدين ، وكذلك إذا فسق الحاضن فإن الحضانة تتحول حتى يحافظ على مال المحضون ونفسه وعرضه ، وهكذا نلاحظ مسائل التحول تراعي المحافظة على الكليات الخمس.

٣ ـ رفع الحرج عن الناس وعن المجتمع : وهذا واضح من خلال تحول العقد الباطل أو الفاسد إلى عقد صحيح له آثاره وأحكامه. فإن إلغاء كل العقود الباطلة فيه حرج شديد واقع بالناس ، وخاصة أنه كثر التعامل بالربا أو بغيره من العقود الباطلة أو الفاسدة في العصور الحالية . فمن باب رفع الحرج جعل الشارع مجالا لتصحيح العقود أو التصرفات المنهي عنها وذلك عن طريق التحول .

٤ ـ رفع الضرر : فإذا نزل ضرر عام بالمسلمين ، فإن رفعه يكون واجبا ، ومن أمثلة رفع الضرر : تحول الملكية الخاصة ، إلى ملكية عامة وذلك عن طريق نزع الملكية .

٥ ـ تحقيق المصلحة : جاء الإسلام لتحقيق السعادة للفرد وتوفير سبل الراحة له ، ومن أمثلة تحقيق المصلحة : الولاية ، فاشتراط وجود الولي في عقد النكاح وتحول الولاية من الولي القريب ـ عند العضل أو الغيبة ـ إلى الولي الأبعد أو السلطان، فيه نوع من تحقيق المصلحة .

وكذلك تحول العقد اللازم إلى جائز بسبب أحد الخيارات ـ الشرط أو العيب أو المجلس أو الرؤية ـ ما هو إلا من باب توفير المصلحة للفرد وللناس جميعا .

٦ ـ تعلق حق الغير : في بعض الصور التي تم دراستها نجد أن التحول قد يكون لتعلق حق الغير بالشيء ، وهذا واضح في تحول الملكية العامة إلى ملكية خاصة المتمثل بإحياء الموات. وذلك لأن الشخص لمّا قام بإحياء الأرض ببذل الجهد والمال تعلق حقه بالأرض ، وعليه تحولت الملكية العامة إلى الملكية الخاصة.

ومنها تحول العقد الجائز إذا تعلق به حق شخص آخر إلى اللازم ، وقد ضربنا الأمثلة من عقد الهبة والوصية والتحكيم وهي عقود جائزة إلا أنها تتحول إلى لازمة بمجرد تعلق حق الغير .

وهكذا نجد الأشياء والتصرفات والعقود تتحول من حكم أو وصف أو من زمان أو مكان لآخر .

وذلك إما للتعبد ، أو للمحافظة على الكليات الخمس ، أو لرفع الحرج عن الناس ، أو لرفع الضرر الواقع بهم ، أو لتحقيق مصلحة أو لتعلق حق الغير بالشيء ، وهذه الأمور قد تجتمع في مسألة واحدة كلها أوبعضها .

المقترحات والتوصيات :

لما كان التحول مفهوماً متناولاً في سائر أبواب مروراً بالعبادات وانتهاء بآخر أبواب الفقه ، حيث يحتاج إليه كل فقيه وباحث، اقترح ما يلي :

١ ـ القيام بدراسة التحول كـ " نظرية ؛ وذلك لمّا كانت فكرة التحول لها أهمية كبرى ومجالاتها واسعة وشاملة للفقه كله ، فإنه قابل لأن يدرس كنظرية، تضبط فروعه وتحكم مسائله وتضع أركانه وتبين شروطه .

٢ ـ أن تأخذ البنوك الربوية بمبدا التحول وتستفيد من الأحكام التي تطرقنا إليها وذلك لتتحول من البنوك الربوية إلى بنوك إسلامية خالية من الربا المنهي عنه ؛ وذلك مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾ البقرة ٢٧٨.

ومن ثم وجب على البنوك التي تتعامل بالربا أن تترك كل معاملة فيها ربا ، وذلك عن طريق تحول العقد الباطل أو الفاسد إلى عقد صحيح .

هذا وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

الفهارس

أولاً : فهرس الآيات القرآنية

ثانياً : فهرس الأحاديث

ثالثاً : فهرس الأعلام المترجم لهم

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم وعلومه :

١ ـ أحكام القرآن ، أحمد بن علي الرازي الجصاص ، تحقيق وتعليق: عبد السلام محمد شاهين ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٥ هـ ـ ١٩٩٥م .

٢ ـ أحكام القرآن ، محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) جمع: أحمد بن الحسين البيهقي (ت ٤٥٨هـ) تحقيق: عبد الغني عبد الخالق ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م .

٣ ـ الجامع لأحكام القرآن ، محمد بن أحمد القرطبي ، ط. دار الكتب .

٤ ـ مختصر تفسير ابن كثير ، اختصار وتحقيق: محمد علي الصابوني ، دار القرآن الكريم ، الكويت ١٩٨١م .

٥ ـ المقصد لتلخيص ما في المرشد ، في الوقف والابتداء في علم القراءة ، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، ط. محمود توفيق ، القاهرة .

الحديث وعلومه :

٦ ـ صحيح البخاري ، محمد بن إسماعيل البخاري ، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ط. ابن كثير ، الثالثة ١٩٨٧م .

٧ ـ صحيح مسلم ، مسلم بن حجاج ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي .

٨ ـ بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، للإمام ابن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) تحقيق: أسامه صلاح الدين ، دار إحياء العلوم ، بيروت ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م .

٩ ـ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، للإمام ابن حجر العسقلاني ، مؤسسة قرطبة ، القاهرة .

١٠ ـ التمهيد ، يوسف بن عبد الله بن عبد البر (ت ٤٦٣هـ) ، تحقيق: مصطفى أحمد العلوي ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمغرب ، ١٣٨٧هـ.
١١ ـ تيسير مصطلح الحديث ، د. محمود الطحان ، مكتبة المعارف، الرياض، الثانية .
١٢ـ الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، لابن حجر العسقلاني ، تحقيق: السيد عبد الله المدني ، ط. دار المعرفة .
١٣ ـ زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن القيم الجوزية ، تحقيق: شعيب وعبد القادر الأرنووط ، مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٦م .
١٤ ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني ، مكتبة الحياة ١٩٨٩م .
١٥ ـ سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ)، تحقيق: محمد محيى الدين عبد الحميد ، ط. دار الفكر .
١٦ـ سنن الترمذي المسمى (بالجامع الصحيح) ، محمد بن عيسى الترمذي (ت ٢٧٩هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
١٧ ـ سنن الدارقطني ، علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥هـ)، تحقيق: عبد الله ابن هاشم المدني ، ط. دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٦٦م .
١٨ ـ سنن الدارمي ، تحقيق: فؤاد زمزمي ، ط. دار الكتاب العربي ، ١٤٠٧هـ.
١٩ ـ السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٩٤م .
٢٠ ـ سنن ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ) ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت .

٢١ ـ سنن النسائى ، مع شرح السيوطى وحاشية السندي ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة ، دار البشائر الثالثة ١٩٨٨م .
٢٢ ـ شرح صحيح مسلم ، يحيى بن شرف النووي ، (ت ٦٧٦) ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ١٣٩٢هـ .
٢٣ ـ شرح معاني الآثار ، أحمد بن محمد الطحاوي ، تحقيق: محمد زهري النجار ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ١٣٩٩هـ .
٢٤ ـ صحيح ابن خزيمة ، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي ، المكتب الإسلامي، ١٩٧٠م .
٢٥ ـ فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، ط. السلفية.
٢٦ ـ المستدرك على الصحيحين ، أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، دار المعرفة.
٢٧ ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ) مؤسسة قرطبة ، القاهرة .
٢٨ ـ مسند ابن أبي شيبة ، تحقيق: يوسف كمال الحوت ، مكتبة الرشد.
٢٩ ـ معرفة السنة والآثار ، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) ، تحقيق: سيد حسن ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩١م .
٣٠ ـ المنتقى شرح الموطأ سليمان بن خلف الباجي ، مطبعة السعادة، مصر ١٣٣٢هـ .
٣١ ـ الموطأ ، مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الحديث ، القاهرة ١٩٩٣م .

كتب المذهب الحنفي :

٣٢ ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة، لمجموعة من العلماء ، الطبعة الثالثة ، مطبعة التأليف بالفجالة بمصر، ١٨٩٥م .

٣٣ ـ الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، مع تعليقات للشيخ محمود أبو دقيقة ،ط. مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ، ١٣٧٠هـ ـ ١٩٥١م .

٣٤ ـ البحر الرائق ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم (ت٩٧٠هـ) ، وهو شرح لكنز الدقائق لأبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي ، ومعه تكملة البحر الرائق للشيخ محمد حسين بن علي القادري تحقيق: زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية .

٣٥ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ) ، ط. دار الكتب العلمية ، الثانية ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦ م .

٣٦ ـ البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني ، دار الفكر ، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م .

٣٧ ـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للزيلعي ، دار الكتاب الإسلامي الأولى، ١٣١٣هـ .

٣٨ ـ تنقيح الفتاوى الحامدية ، مع الفتاوى الخيرية ، ابن عابدين ، المكتبة الحبيبية، باكستان .

٣٩ ـ درر الحكام شرح غرر الأحكام ، محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو ، ط. دار إحياء الكتب العربية.

٤٠ ـ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر ، دار الجيل بيروت .

٤١ ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، محمد علاء الدين الحصكفي ، المطبعة الحيدرية .
٤٢ ـ رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين ، (ت١٢٥٢هـ) ومعه تكملة المسماة قرة عيون الأخيار ، محمد علاء الدين أفندي ، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق وعامر حسين ، ط. دار إحياء التراث العربي ، الأولى ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م .
٤٣ ـ السعيديات في أحكام المعاملات على مذهب أبي حنيفة ، محمد بن سعيد عبد الغفار ، المطبعة الحسينية ، الأولى ، القاهرة .
٤٤ ـ شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، محمد الأنباني، مطبعة الشعب ١٩٠٣م ، الأولى .
٤٥ ـ شرح فتح القدير ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت ٦٨١هـ). ومعه : شرح العناية على الهداية ، محمد بن محمود البابرتي ، وحاشية سعد الله بن عيسى الشهير بسعدي جلبي (ت ٩٤٥هـ) ط. دار الفكر الثانية.
٤٦ ـ شرح المجلة ، سليم رستم ، ط. دار إحياء التراث العربي .
٤٧ ـ العناية شرح الهداية ، لمحمد بن محمد بن محمود الباترتي ، ط. دار الفكر.
٤٨ ـ الفتاوى الهندية ، لمجموعة من العلماء ، دار إحياء التراث ، الطبعة الرابعة ١٩٨٦م .
٤٩ ـ فتح باب العناية ، علي سلطان محمد القاري (ت ٩٣٠هـ) ، تحقيق: محمد نزار تميم وهيثم نزار تميم ، دار القلم ، الأولى ١٩٩٧م .
٥٠ ـ اللباب في شرح الكتاب ، عبد الغني الغنيمي الحنفي ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت .

٥١ ـ المبسوط ، أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، ط. دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م .
٥٢ ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد افندي ، ط. دار إحياء التراث العربي.
٥٣ ـ مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، لأبي محمد بن غانم ابن محمد البغدادي ، ط. الأولى ، المطبعة الخيرية ، القاهرة ١٣٠٨هـ .
٥٤ ـ مرآة المجلة لشرح مجلة الأحكام ، يوسف آصف ، المطبعة العمومية ، ١٨٩٤م .
٥٥ ـ مرشد الحيران في المعاملات الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، محمد قدري باشا ، الطبعة الثامنة ، المطبعة الأميرية ، بولاق ١٩٣٨م .
٥٦ ـ النافع الكبير ، عبد الحي اللكنوي ، شرح الجامع الصغير ، محمد بن الحسن الشيباني ، ط. دار القرآن والعلوم الإسلامية باكستان .
٥٧ ـ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زادة (ت ٩٨٨هـ) ط. دار الفكر ، الثانية .

الفقه المالكي :

٥٨ ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت٥٩٥هـ) ط. دار الكتب العلمية ، ط. العاشرة ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.
٥٩ ـ البهجة شرح التحفة ، علي بن عبد السلام التسولي ، ط. مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٥١م .
٦٠ ـ التاج والإكليل لمختصر خليل ، محمد بن يوسف المواق ، ط. دار الكتب العلمية .

٦١ـ التلقين في الفقه المالكي ، للقاضي عبد الوهاب البغدادي ، تحقيق: محمد ثالث سعيد الفاني ، ط. دار الفكر ١٩٩٥م .
٦٢ ـ حاشية الدسوقي ، محمد بن أحمد عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، علىالشرح الكبير لأبي البركات ، أحمد بن محمد العدوي (ت ١٢٠١هـ)، تحقيق: محمد عبد الله شاهين ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .
٦٣ ـ حاشية الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل ، الطبعة الأولى الأميرية، ١٣٠٦هـ .
٦٤ ـ حاشية العدوي على شرح الرسالة لأبي زيد القيراوني ، ط. دار الفكر.
٦٥ ـ الذخيرة ، أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٥٤هـ) ، تحقيق: ، د. محمد صبحي، ط. دار الغرب الإسلامي ١٩٩٤م .
٦٦ ـ سراج السالك شرح أسهل المسالك ، عثمان بن حبيب الجعلي ، مصطفى البابي الحلبي .
٦٧ ـ شرح الخرشي ، محمد بن عبد الله بن علي الخرشي (ت ١١٠١هـ) على مختصر خليل ، مع حاشية على بن احمد العدوي ، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م .
٦٨ ـ الشرح الكبير ، أحمد الدردير ، ط. دار الفكر بيروت.
٦٩ ـ قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزي، تحقيق: عبد الرحمن حسين محمود ،ط. عالم الفكر، القاهرة ، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م .
٧٠ ـ المدونة للإمام مالك ، ط. دار الكتب العلمية .

٧١ ـ المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات ، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) (٥٢٠هـ) تحقيق: محمد صبحي ،ط. دار الغرب الإسلامي .

٧٢ ـ منح الجليل شرح مختصر خليل ، محمد عليش ، ط. دار الفكر، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

٧٣ ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الحطاب) ط. دار الفكر ١٩٩٢م .

كتب المذهب الشافعي :

٧٤ ـ اخلاص الناوي في إرشاد الغاوي إلى مسالك الحاوي، إسماعيل بن أبي بكر المقري (ت ٨٣٧) ، تحقيق: عبد العزيز عطية زلط، وزارة الأوقاف ، جمهورية مصر العربية ، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م .

٧٥ ـ أسنى المطالب شرح روض الطالب ، زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ) مع حاشية الرملي الكبير ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة .

٧٦ ـ الإقناع ، علي بن حبيب الماوردي البصري (ت٤٥٠هـ) تحقيق: خضر محمد خضر ، ط. دار العروبة .

٧٧ ـ الأم ، محمد بن إدريس الشافعي ، دار المعرفة .

٧٨ ـ الأنوار لأعمال الأبرار ، يوسف الأردبيلي وعليه حاشية الكمثرى وحاشية الحاج إبراهيم ، مؤسسة البابي الحلبي ، القاهرة ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٠م .

٧٩ ـ تحفة الحبيب على شرح الخطيب على متن أبي شجاع ، سليمان البجيرمي، مصطفى البابي الحلبي ١٩٥١م .

٨٠ ـ التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، الحسين بن مسعود ، محمد بن الفراء البغوي (ت ٥١٦هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م .
٨١ ـ السراج الوهاج شرح متن المنهاج ، محمد الزهري الغمراوي ، مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٥٢هـ ـ ١٩٣٣م .
٨٢ ـ شرح التنبيه ، عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ)، دار الفكر ، الأولى ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م .
٨٣ ـ فتح الجواد بشرح الإرشاد ، أحمد بن حجر الهيثمى ، على متن الإرشاد لابن المقري ، مصطفى البابي الحلبي ، الثانية ١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م .
٨٤ ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ط. دار الفكر .
٨٥ ـ فيض الإله المالك في حل ألفاظ عمد السالك وعدة الناسك ، عمر بركات البقاعي المكي ، مع تقريرات محمد علي بن حسين المالكي ، مطبعة مصطفى محمد .
٨٦ ـ قلائد الخزائن وفرائد الفوائد ، عبد الله بن محمد باقشير الحضرمي الشافعي، دار القبلة للثقافة الإسلامية ، جدة ١٩٩٠م.
٨٧ ـ حاشية إبراهيم الباجوري على شرح ابن القاسم لمتن أبي شجاع، مؤسسة البابي الحلبي .
٨٨ ـ حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، دار إحياء الكتب العربية .
٨٩ ـ حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ، ط. دار الفكر ١٩٩٨م .
٩٠ ـ حاشية سليمان الجمل على شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري، دار الفكر.

٩١ ـ حاشية الشرقاوي ، عبد الله بن حجازي إبراهيم الشافعي (ت ١١٠٥هـ) على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب للشيخ زكريا الأنصارى ، ط. مصطفى البابي الحلبي ، ١٣٦٠هـ ـ ١٩٤١م .
٩٢ ـ الحاوي الكبير شرح مختصر المزني ، علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ) تحقيق: علي محمد معوض وعادل عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤م .
٩٣ ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين ، محي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق: زهير شاويش ، المكتب الإسلامي ، الثالثة ١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م .
٩٤ ـ اللباب في الفقه الشافعي ، أحمد بن محمد المحاملي الشافعي (ت ٤١٥هـ) تحقيق: د. عبد الكريم العمري ، دار البخاري ، المدينة المنورة ، ١٤١٦هـ.
٩٥ ـ المجموع ، محي الدين يحيى بن شرف النووي ، شرح المهذب للشيرازي ، تحقيق: وتكملة: محمد نجيب المطيعي ، ط. دار إحياء التراث العربي .
٩٦ ـ مختصر المزني ، ط. دار الكتب العلمية .
٩٧ ـ مغني المحتاج ، محمد الشربيني لمعرفة ألفاظ المنهاج للنووي ، ط. مصطفى البابي الحلبي ١٩٥٨م .
٩٨ ـ المهذب في فقه الإمام الشافعي ، لأبي إسحاق الشيرازي ، تحقيق: د. محمد الزحيلي ، ط. دار القلم ، دمشق ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م .
٩٩ـ نهاية المحتاج ، محمد بن شهاب الدين الرملي (ت ١٠٠٤هـ) ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م .

١٠٠ــ الوسيط في المذهب محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، ومحمد تامر ، ط. دار السلام ، ١٤١٧هـ ــ ١٩٩٧م .

المذهب الحنبلي :

١٠١ ــ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل علي بن سليمان المرداوي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ)، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، الأولى ، ١٣٧٥هـ ــ ١٩٥٦م .

١٠٢ ــ حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي (ت ١٣٩٢هـ) المكتب الإسلامي ، الرابعة ١٤١٠هـ .

١٠٣ــ الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، تحقيق: زهير الشاويش ، ط. المكتب الإسلامي، الخامسة ١٤٠٨هـ ــ ١٩٨٨م .

١٠٤ــ كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي ، تحقيق: هلال مصيلحى ومصطفى هلال ، ط. دار الفكر ١٤٠٢هـ ــ ١٩٨٢م .

١٠٥ــ المبدع في شرح المقنع ، لأبي اسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح ، ط. المكتب الإسلامي ١٩٨٠م .

١٠٦ــ مجموع فتاوى أحمد بن تيمية ، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة .

١٠٧ــ مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ، مصطفى الرحيباني، ط. المكتب الإسلامي .

١٠٨ــ المغني لابن قدامة على مختصر عمر بن الحسين الخرقي ، ومعه الشرح الكبير لابن قدامة على متن المقنع ، دار الفكر ، ١٤٠٤هـ ــ ١٩٨٤م .

١٠٩ــ هداية الراغب لشرح عمدة الطالب ، عثمان أحمد النجدي الحنبلي (ت١١٠٠هـ) ، تحقيق: حسنين مخلوف ، دار البشير ، جده ، ١٤١٠هـ ــ ١٩٨٩م .

المذهب الظاهري :

١١٠ــ المحلى ، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، دار التراث ، القاهرة .

الفقه العام والمقارن :

١١١ــ الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي ، د. فاروق النبهان، مؤسسة الرسالة .

١١٢ــ أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، د. عبد الرحمن تاج ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٣٧٤هـ ــ ١٩٥٥م .

١١٣ــ الأحكام السلطانية ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، دار الكتب العلمية.

١١٤ــ أحكام المعاملات الشرعية ، الشيخ الأستاذ علي الخفيف ، دار الفكر العربي ، الأولى ١٤١٧هـ ــ ١٩٩٦م .

١١٥ــ أحكام الوقف والمواريث ، الأستاذ أحمد إبراهيم ، دار الأنصار ، القاهرة، ١٣٥٧هـ ــ ١٩٣٨م .

١١٦ــ الأحوال الشخصية د. أحمد الحجي الكردي ، جامعة دمشق ١٤١٧هـ ــ ١٩٩٧م .

١١٧ــ الإجماع ، ابن المنذر تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد ، مطبوعات رئاسة المحاكم الشرعية والشئون الدينية ، قطر ١٤١١هـ ــ ١٩٩١م .

١١٨ــ الإسعاف في أحكام الأوقاف ، إبراهيم بن موسى بن أبى بكر بن الشيخ على الطرابلسي ، المطبعة الميمنية .

١١٩ـ الإكراه وأثره في الأحكام الشرعية ، د. عبد الفتاح حسينى الشيخ ، الأولى ١٩٧٩م .
١٢٠ـ الالتزامات في الشرع الإسلامي ، أحمد إبراهيم بك ، دار الأنصار ، القاهرة.
١٢١ـ الأموال ، القاسم بن سلام أبو عبيد ، تصحيح: محمد حامد الفقى ، نشر المكتبة التجارية .
١٢٢ـ الأموال في الفقه المالكي ، محمد العلوي العابدي ، ط. أفريقيا الشرق، ١٩٩٨م.
١٢٣ـ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ، د. عبد الستار أبو غدة ، نشر بيت التمويل الكويتى ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م .
١٢٤ـ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، د. محمد فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة ، الأولى ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م .
١٢٥ـ بيع التقسيط تحليل فقهي اقتصادي ، د. رفيق يونس المصري، دار القلم ، دمشق ، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م .
١٢٦ـ البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها ، د. محمد توفيق رمضان، دار الفكر المعاصر.
١٢٧ـ التأمين على الديون المشكوك فيها ، ط. بيت التمويل الكويتى .
١٢٨ـ التراضي في عقود المبادلات المالية ،د. السيد نشأت إبراهيم الدريني ، ط. دار الشرق ، الأولى ، ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م .
١٢٩ـ التصرفات والوقائع الشرعية ، د. محمد زكي عبد البر ، دار القلم ، الكويت ، ١٩٨٢م .
١٣٠ـ جامع أحكام الصغار للإمام محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني الحنفي، تحقيق: أبو مصعب البدري ومحمود عبد الرحمن عبد المنعم ، دار الفضيلة .

١٣١ـ الخصخصة في ضوء الشريعة الإسلامية ، محمد صبري بن أوانج ، دار النفائس ، ٢٠٠٠م .
١٣٢ـ دراسات في أصول المداينات في الفقه الإسلامي ، د. نزيه حماد، نشر دار الفاروق ، جده ، ١٤١١هـ ـ ١٩٩٠م .
١٣٣ـ رؤوس المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية ، لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت ٤٦٧) تحقيق: عبد الله نذير أحمد ، دار البشائر الإسلامية ، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٩٧م .
١٣٤ـ ضوابط العقود ، د. عبد الحميد البعلي ، مكتبة وهبة ، ١٩٨٥.
١٣٥ـ عقد البيع ، مصطفى أحمد الزرقا ، ط. دار القلم ، دمشق، الأولى ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م .
١٣٦ـ عقود الشركات دراسة فقهية مقارنة ، د. محمد عبيد الله عتيقي، ابن كثير، الأولى ١٩٩٨م .
١٣٧ـ الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، د. الصديق محمد الأمين الضرير ، دار الجيل ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م .
١٣٨ـ الفقه الإسلامي ، الأستاذ محمد سلام مدكور ، مطبعة دار الهنا، بولاق، الأولى ١٩٥٤م .
١٣٩ـ الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر ، الثالثة، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .
١٤٠ـ فقه المعاملات ، د. مصطفى سعيد الخن ، جامعة دمشق ، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م .
١٤١ـ فقه المعاوضات د. أحمد حجي الكردي، جامعة دمشق الخاصة، ١٩٩٩م.

١٤٢ـ الكلام في بيع الفضولي ، صلاح الدين العلائي (ت ٦٩٤هـ) تحقيق: د.محمد بن دريد المسعودي ، دار عالم الكتب ، الرياض ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .
١٤٣ـ مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د. علي محي الدين القرة داغي، دار البشائر الإسلامية ، الأولى ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٥م .
١٤٤ـ محاضرات في الوقف ، الأستاذ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي، القاهرة
١٤٥ـ مختصر اختلاف العلماء ، أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت ٣٢١هـ) دراسة وتحقيق: عبد الله نذير أحمد ، دار البشائر ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .
١٤٦ـ المدخل ، محمد بن محمد العبدري (ابن الحاج) ط. دار التراث.
١٤٧ـ المدخل الفقهي العام ، الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا ، دار القلم، دمشق ، الأولى ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م .
١٤٨ـ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، د. عبد الكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، الثالثة عشر ، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م .
١٤٩ـ مشكاة المصابيح على المفتاح لباب النكاح ، محمد بن سالم العلوي، مكتبة الملك فيصل الإسلامية .
١٤٩ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، د. عبد الرزاق السنهوري ، ط. دار إحياء التراث العربي .
١٥٠ـ المضاربة وتطبيقاتها العملية في المصارف الإسلامية ، محمد عبد المنعم أبوزيد ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي .
١٥١ـ المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ، الأستاذ أحمد أبو الفتح ط. البوسفور الأولى ١٣٣٢هـ ـ ١٩١٣م .

١٥٢ــ المعاملات الشرعية المالية ، أحمد إبراهيم بك . ط. دار الأنصار ، القاهرة ١٩٣٦م .
١٥٣ــ المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، د.عبدالكريم زيدان ، مؤسسة الرسالة ، الثالثة، ١٤١٣هـ ــ ١٩٩٧م .
١٥٤ــ مكانة المرأة في القرآن والسنة الصحيحة دراسات مؤصلة مقارنة مستوعبة لحقيقة منزلة المرأة في الإسلام ، أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن ، مكتبة الشباب .
١٥٥ــ الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي ، أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن ، مكتبة الشباب ١٩٨٨ م .
١٥٦ــ الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، أ. علي الخفيف، دار النهضة العربية .
١٥٧ــ الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها ــ دراسة مقارنة ــ د. عبد السلام العبادي ، مؤسسة الرسالة .
١٥٨ــ الملكية وضوابطها في الإسلام ، دراسة مقارنة مع أحدث التطبيقات العلمية المعاصرة ، د. عبد الحميد البعلي ، مكتبة وهبة .
١٥٩ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، د. أحمد فراج حسين، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٩م .
١٦٠ــ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، الأستاذ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
١٦١ــ مناهج التشريع الإسلامي في القرن الثاني الهجري ،أستاذنا الدكتور محمد بلتاجي حسن ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ١٣٩٧هـ ــ ١٩٧٧م .
١٦٢ــ الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية .

١٦٣ـ الميزان ، للإمام عبد الوهاب الشعراني ، تحقيق: عبد الرحمن عميرة ، عالم الكتب ، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .
١٦٤ـ النظريات الفقهية ، د. محمد الزحيلي ، دار القلم ، دمشق ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م .
١٦٥ـ نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، د. حسن علي الشاذلي، دار الاتحاد العربي للطباعة ، نشر دار الكتاب الجامعي ، القاهرة.
١٦٦ـ نظرية العقد لابن تيمية ، مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، ١٩٩١م .
١٦٧ـ نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، د. محمود حسن ، ط. الثانية، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م .
١٦٨ـ نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقدالبيع ، أ. محمد سلامة ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالمملكة المغربية ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.
١٦٩ـ نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، أ.د/ محمد أحمد سراج ، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨م .
١٧٠ـ الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي ، دراسة مقارنة ، عبد السلام الرافعي ، افريقيا الشرق ١٩٩٦م .

أصول الفقه والقواعد الفقهية :

١٧١ـ الأشباه والنظائر لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١هـ) ط. دار الفكر .
١٧٢ـ الأشباه والنظائر ، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، ط. دار الكتب العلمية ، لبنان ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م .

١٧٣ـ أصول الفقه الإسلامي ، د. زكي الدين شعبان ، نشر دار الكتاب الجامعي، القاهرة .
١٧٤ـ أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ، ط. دار الفكر العربي .
١٧٥ـ أصول الفقه محمد أبو النور زهير ، ط. المكتبة الفيصلية .
١٧٦ـ البحر المحيط في أصول الفقه ، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي الشافعي ، (ت ٧٩٤هـ) تحقيق: عمر سليمان الأشقر ، ط. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت ط. الثانية ، ١٩٩٢م .
١٧٧ـ حاشية الشيخ حسن العطار على شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع لابن السبكي ، مع تقرير الشيخ عبد الرحمن الشربيني ، والشيخ محمد علي المالكي ، ط. دار الكتب العلمية.
١٧٨ـ شرح التلويح لسعد الدين التفتازاني (ت ٧٩٢هـ) على شرح التوضيح لعبد الله بن مسعود المحبوبي البخاري (ت ٧٤٧هـ) ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٩٦م .
١٧٩ـ شرح القواعد الفقهية ، الشيخ أحمد بن محمد الزرقا ، تحقيق: مصطفى أحمد الزرقا ، ط. دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٩م .
١٨٠ـ شرح الكوكب المنير ، المسمى بمختصر التحرير في أصول الفقه ، محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار (ت ٩٧٢هـ) تحقيق: د. محمد الزحيلي ونزيه حماد ، ط. مكتبة العبيكان ، الرياض .
١٨١ـ الضياء اللامع شرح جمع الجوامع ، أحمد بن عبد الرحمن بن موسى الزليطي ـ ابن حلولو ـ تحقيق: د. عبد الكريم النملة ، ط. الأولى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، الرياض.
١٨٢ـ العوارض الأهلية ، حسن جبوري ، ط. جامعة أم القرى .

١٨٣ـ غمز عيون البصائر ، أحمد بن محمد الحنفي الحموي ، شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ط. دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.
١٨٤ـ الفروق ـ المسمى أنوار البروق في أنواء الفروق ، أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (ت ٦٨٤هـ) ومعه ادرار الشروق على أنواء الفروق ، قاسم بن عبد الله بن الشاط (ت ٧٢٣هـ) ط. دار الكتب العلمية ، الأولى
١٨٥ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، ط. دار الكتب العلمية .
١٨٦ـ القواعد عبد الرحمن بن أحمد بن رجب ، ط. دار الكتب العلمية .
١٨٧ـ كشف الأسرار شرح أصول علي بن محمد البزدوي ، عبد العزيز بن أحمد البخاري ، ط. دار الكتاب الإسلامي .
١٨٨ـ كشف الأسرار شرح المنار ، عبد الله بن أحمد النسفي مع شرح نور الأنوار على المنار ، ملا جيون بن أبي سعيد الميهوي ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٦م .
١٨٩ـ مقاصد الشريعة الإسلامية ، محمد بن الطاهر بن عاشور ، تحقيق: محمد الطاهر الميساوي ، ط. دار النفائس ١٩٩٩م .
١٩٠ـ المنثور في القواعد ، محمد بن بهادر الزركشي ، تحقيق: تيسير فائق ، ط. وزارة الأوقاف الكويتية .
١٩١ـ الموافقات إبراهيم بن موسى الشاطبي ، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة ، بيروت .
١٩٢ـ موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، تصنيف د. علي أحمد الندوي ، ط. دار عالم المعرفة ، ١٩٩٩م.

التراجم والسير :

١٩٣ـ الأعلام ، خير الدين الزركلي ، ط. دار العلم للملايين ، الطبعة السابعة ، ١٩٨٦م .

١٩٤ـ البداية والنهاية لابن كثير ، ط. مكتبة المعارف .

١٩٥ـ البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ، محمد بن علي الشوكاني ، مطبعة السعادة بالقاهرة ، ١٣٤٨هـ .

١٩٦ـ تذكرة الحفاظ ، محمد بن أحمد الذهبي ، ط. دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

١٩٧ـ الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ، عبد القادر بن محمد القرشي الحنفي. تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو ، ط. دار العلوم ، الرياض ١٩٧٨م .

١٩٨ـ سير أعلام النبلاء ، محمد بن أحمد الذهبي ، ط. مؤسسة الرسالة ، بيروت، ١٩٨٦م .

١٩٩ـ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، محمد بن محمد مخلوف ، ط. دار الكتاب العربي ، بيروت .

٢٠٠ـ شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، تحقيق:: د. نور الدين عتر ، ط. دار الملاح ، دمشق ١٣٩٨م .

٢٠١ـ طبقات الحفاظ . لجلال الدين السيوطي ، تحقيق: علي محمد عمر ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ١٣٩٣م .

٢٠٢ـ طبقات الشافعية للأسنوي ، تحقيق: كمال يوسف الحوت ، ط. دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٧م .

٢٠٣ـ طبقات الشافعية الكبرى ، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، تحقيق: محمود الطناحي وعبد الفتاح الحلو ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، ١٣٨٣هـ .

٢٠٤ـ الفتح المبين في طبقات الأصوليين ، عبد الله مصطفى المراغي ، ط. ١٩٧٤م بمصر .

٢٠٥ـ معجم المؤلفين ، رضا كحالة ، ط. دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

المعاجم اللغوية وغيرها :

٢٠٦ـ أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، للشيخ قاسم القونوي (ت ٩٧٨هـ) تحقيق: د. أحمد عبد الرزاق الكبيسي، ط. دار الوفاء، ١٩٨٧ م.

٢٠٧ـ تاج العروس من جواهر القاموس ، للسيد محمد مرتضى الجسيني الزبيدي، ط. وزارة الإعلام بدولة الكويت.

٢٠٨ـ التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني (٧٤٠ ــ ٨١٦) تحقيق: إبراهيم الإبياري ، نشر دار الكتاب العربي ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م .

٢٠٩ـ التوقيف على مهمات التعاريف ، محمد عبد الرؤوف المناوي (ت ١٠٣١هـ) تحقيق: د. محمد رضوان الداية ، ط. دار الفكر المعاصر، لبنان ١٩٩٠م .

٢١٠ـ جمهرة اللغة ، محمد بن الحسن بن دريد الأزدي ، ط. حيدر آباد ١٣٤٥هـ .

٢١١ـ شرح حدود ابن عرفه ، محمد الأنصاري الرصاع ، ط. دار المغرب الإسلامي ، ط. الأولى ١٩٩٣م .

٢١٢ـ طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، الشيخ نجم الدين بن حفص النسفي (ت ٥٣٧هـ) تحقيق: خليل الميس ، ط. دار القلم، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م.

٢١٣ـ فتح الأقفال وحل الإشكال بشرح لامية الأفعال ، لجمال الدين محمد بن عمر المعروف بـ (بحرق) (ت ٩٣٠هـ) تحقيق: د. مصطفى النحاس ، ط. جامعة الكويت ١٩٩٣م .

٢١٤ـ القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي ، ط. مؤسسة الرسالة ، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م .
٢١٥ـ كشاف اصطلاحات الفنون ، محمد علي بن علي التهانوي (ت ١١٥٨هـ) تحقيق: أحمد حسن ، دار الكتب العلمية ١٩٩٨م .
٢١٦ـ الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت ١٠٩٤هـ) تحقيق: د. عدنان درويش ومحمد المصري ، مؤسسة الرسالة ١٩٩٨م .
٢١٧ـ لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور ، ط. دار صادر ، بيروت ١٩٥٦م .
٢١٨ـ مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، ط. مكتبة لبنان ١٩٩٣م .
٢١٩ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، للعلامة أحمد بن محمد بن يحيى الفيومي المقرئ ، ط. مكتبة لبنان ١٩٩٠م .
٢٢٠ـ المطلع على أبواب المقنع ، محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي (ت٧٠٩هـ) ومعه معجم ألفاظ الفقه الحنبلي ، محمد بشير ، الأولى ، ط. المكتب الإسلامي ، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .
٢٢١ـ معجم البلدان ، ياقوت بن عبد الله الحموي ، ط. دار الفكر ، بيروت .
٢٢٢ـ معجم القواعد العربية في النحو والتصريف ، عبد الغني الدقر، دار القلم، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م .
٢٢٣ـ معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، ط. الدار العالمية للكتاب الإسلامي ، الثالثة ١٤١٥هـ ـ١٩٩٥م.
٢٢٤ـ المعجم المفصل في علم الصرف ، أ. راجي الأسمر ، ط. دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م .
٢٢٥ـ المعجم المفصل في علم العروض والقافية وفنون الشعر ، د. إميل بديع يعقوب ، دار الكتب العلمية ١٩٩١م.

٢٢٦ـ معجم مقاييس اللغة ، أحمد بن فارس ، زكريا ، ط. مكتبة الخانجي.
٢٢٧ـ المعجم الوجيز " المبسط" ، تأليف مجموعة من العلماء من الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر.
٢٢٨ـ المعجم الوسيط مجموعة من العلماء ، بإشراف مجمع اللغة العربية ، القاهرة، ط. المكتبة الإسلامية ، استانبول ، تركيا .
٢٢٩ ـ المغرب ، ناصر بن عبد الله السيد أبو المكارم المطرزي ، ط. دار الكتاب العربي .
٢٣٠ـ النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب ، بطال بن أحمد بن سليمان بن بطال الركبي (ت ٦٣٣هـ) دراسة وتحقيق: وتعليق :د. مصطفى عبد الحفيظ سالم ، المكتبة التجارية مكة المكرمة ، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م .

الرسائل العلمية والدوريات :

٢٣١ـ التأمين على الديون المشكوك فيها من خلال شركات تأمين تعاونية إسلامية، د. محمد مصطفى الزحيلي ، أعمال الندوة الفقهية الخاصة لبيت التمويل الكويتى ١٩٩٨م .
٢٣٢ـ تصرفات الأولياء والأوصياء في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، إعداد د. عبد العزيز خليفة حمد القصار ، جامعة الأزهر الشريف ، كلية الشريعة والقانون قسم الفقه المقارن ، إشراف أ.د. المرسي عبد العزيز السماحي .
٢٣٣ـ تعجيل الديون ، رسالة ماجستير مقدمة من الطالب عصام العنزي ، كلية الشريعة ، جامعة الكويت .
٢٣٤ـ الحيض والحمل والنفاس بين الفقه والطب ، د. عمر الأشقر ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، السنة الخامسة ، العدد ١١ ، ١٩٨٨م .

٢٣٥ـ الديون المتعثرة والمشكوك في تحصيلها والتأمين التعاوني عليها ، د. عبد الحميد البعلي ، الندوة الفقهية الخاصة لبنك التمويل الكويتي ١٩٩٨م .
٢٣٦ـ عقد التحكيم في الشريعة والقانون ــ دراسة مقارنة ــ مقدمة من خالد المطيري ، كلية الشريعة ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٠م .

مراجع أخرى :

٢٣٧ـ الآداب الشرعية والمنح المرعية ، محمد بن مفلح بن محمد المقدسي ، ط. عالم الكتب .
٢٣٨ـ الأموال ، د. محمد كامل مرسي بك ، ط. الرغائب ١٩٣٥م .
٢٣٩ـ تحول العقد ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مكتبة دار الثقافة ، الطبعة الأولى ، الأردن .
٢٤٠ـ الحقوق العينية في القانون المدني الكويتي ، دراسة مقارنة ، د. غني حسونه طه ، ط. جامعة الكويت .
٢٤١ـ ديوان الحطيئة مع شرح أبي سعيد السكري. ط . دار صادر، ١٩٨١.
٢٤٢ـ زاد المعاد في هدي خير العباد ، ابن القيم الجوزية ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ، ط. مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٦م .
٢٤٣ـ معجم البلدان ، ياقوت بن عبد الله الحموي ، دار الفكر، بيروت .
٢٤٤ ـ الملكية العقارية فيي مصر وتطورها التاريخي ، د. محمد كامل مرسي ، ط. نوري ، مصر ١٩٣٦م .
٢٤٥ـ نظرية العقد شرح القانون المدنى النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد الرزاق السنهوري ، ط. دار الفكر .
٢٤٦ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، عبد الرزاق السنهوري ، ط. دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

خامساً : فهرس الموضوعات

الباب الثاني

التحول في العقود

الفصل الأول

تحول العقد الباطل إلى صحيح

الموضــوع	الصفحة
المبحث الثاني : كيفية تحول العقد الباطل	٢٥٠
تمهيــد	٢٥٠
المطلب الأول: تحول العقد الباطل بجزئه	٢٥٢
المطلب الثاني :تحول العقد الباطل إلـى الصحيـح إذا ارتفع ما يبطل العقد	٢٦٠
المطلب الثالث: أن تؤدي صيغـة العقد البـاطل معنـى عقد آخر صحيح	٢٧٦
ـ المسألة الأولى : تحول عقد الكفالة إلى حوالة	٢٨٠
ـ المسألة الثانية : تحول عقد الحوالة إلى كفالة	٢٨٧
ـ المسألة الثالثة : تحول عقد المضاربة	٢٨٩
الفصل الثاني	
تحول العقد الفاسد إلى صحيح	
تمهيــد	٣٠٥
المبحث الأول : أسباب فساد العقد	٣٠٦
المبحث الثاني : آثار العقد الفاسد	٣٢٦
المطلب الأول : الفسخ	٣٢٨
المطلب الثاني : تحول الملكية في العقد الفاسد	٣٣٠
المطلب الثالث: تحول العقد الفاسد إلى صحيح	٣٤٣
ـ المسألة الأولى : تحول العقد الفاسد بسبب الجهالة إلى صحيح	٣٤٤
ـ المسألة الثانيـة : تحـول العقـد الفاسد بسبب الغرر إلى صحيح	٣٦٢
ـ المسألة الثالثـة : تحـول العقــد الفاســد إلــى الإكراه	٣٦٦

الفصل الثالث

تحول العقد الموقوف

الفصل الرابع

تحول العقد اللازم إلى الجائز وبالعكس

By The Name of Allah the Merciful The Compassionate

God has given us the Islamic Legislation and made it a valid system for all the past ages and the ages to come.

One of the flexible factors in the Islamic Legislation is Transformation, meaning: change from case to other case and from one sentence to other sentence and from one action to other action.

The idea of transformation is scattered in the religious scientist's books, it may include retails, dealings, battling and many other sentences.

I liked to gather some of the issues that the community needs and illustrate it in an independent survey.

The most important issue related to transformation is the issue of dealing, where as the public ownership may be changed to a private one, through reviving the dead land, it might be the opposite through dispute around ownership.

Human actions might be transformed too: The guardianship, nursing ship and dept might be transformed from one person to the other, women might be married to one person and then married to another.

The fake contract might be transformed to a true contract, the obligatory contract might be changed to a possible contract for contractors, the restricted to an applicable one and so on.

The business dealing contract might be changed to a hiring contract. All these issues have special sentences related to each case and have terms to be transformed.

Transformation is for the purpose of facilitating matters on Moslems and bearing embarrassments. All this is from the flexibility of the Islamic Legislation and its validity for all ages.

Cairo University
Faculty of Science
Islamic Legislation Department

Transformation in Things, Actions and Contracts
Its Impact in the Legislative Sentence

Thesis Presented for Attaining the Master Degree
Prepared by Student
Ali Ibrahim El Rashed
Comparative Fekh Department – Kuwait University

Supervised by Prof. Dr. Ahmed Youssif Soliman

1421 BC/ 2001 AD